
DAS FALLENCIAS

E

DOS MEIOS PREVENTIVOS DE SUA DECLARAÇÃO

DECR. N. 917, DE 24 DE OUTUBRO DE 1890

ESTUDO THEORICO-PRATICO

POR

José Xavier Carvalho de Mendonça
Advogado em Santos

VOLUME I



SÃO PAULO

TYPOGRAPHIA BRASIL DE CARLOS GERKE & CIA.

80 — Rua Moreira Cezar — 80

1899

DAS FALLENCIAS

E

DOS MEIOS PREVENTIVOS DE SUA DECLARAÇÃO

VOLUME I

INDICE GERAL

DO 1º VOLUME

PARTE PRIMEIRA

DAS FALLENCIAS

INTRODUÇÃO

Pág.

Histórico. Considerações Geraes	10
§ 1.º Synthese histórica do instituto da fallencia	10
§ 2.º A nossa legislação sobre fallencia	16
§ 3.º O problema constitucional da fallencia	30
§ 4.º A insolvência civil. Ampliação da fallencia aos não coommerciantes	39
§ 5.º A fallencia remédio preventivo de prejuízos e meio extraordinário de execução. Seu rito processual	51
§ 6.º Alguns principios de interpretação.....	57

CAPITULO I

Do Estado Jurídico de Fallencia.....	60
Secção I. Qualidade de commerciante	71
Secção II. Obrigação mercantil liquida e certa	88

Secção III. Falta de pagamento de obrigação mercantil liquida e certa no respectivo vencimento (impontualidade)..... 117

Secção IV. Factos indicativos ou característicos do Estado de fallencia, embora não haja falta de pagamento 123

CAPITULO II

Da Declaração Judicial da Fallencia..... 127

Secção I. JUÍZO da declaração da fallencia..... 127

Secção II. Pessoas a quem assiste o direito de requerer a declaração da fallencia 133

Artigo I. Declaração espontânea da fallencia 135

Artigo II. A fallencia promovida a requerimento de sócio 142

Artigo III. A fallencia promovida a requerimento do credor 146

Artigo IV. A fallencia promovida a requerimento do curador fiscal..... 154

Secção III. Instrucção do processo declaratorio da fallencia. Seqüestro dos bens e livros do devedor 156

Secção IV. Defesa daquelle contra quem se promove a fallencia 164

Secção V. Sentença declaratoria ou denegatoria da abertura da fallencia. Seus provimentos. Remedios contra ella..... 168

Artigo I. Sentença declaratoria da fallencia 169

Artigo II. Sentença denegatoria da fallencia 177

Artigo III. Remédios judiciários contra a sentença declaratoria ou denegatoria da fallencia 178

CAPITULO III

Dos Efeitos Jurídicos da Sentença Declaratoria da Fallencia184

Secção I. Efeitos da fallencia em relação aos credores (Formação da massa) 186

Artigo I. Suspensão das acções singulares ou individuaes dos credores192

Artigo II. Exigibilidade antecipada dos créditos 198

Artigo III. Não fluencia de juros contra a massa 212

Secção II. Efeitos da fallencia em relação ao fallido 215

Artigo I. Quanto á pessoa do fallido 215

§ 1.º Eestricção aos direitos políticos 215

§ 2.º Incapacidade civil do fallido 217

§ 3.º Qualidade jurídica do fallido para estar em juízo 221

§ 4.º Assistência aos actos do processo; auxilio aos syndicos e ausência do domicílio..... 224

§ 5.º Prisão administrativa do fallido 226

§ 6.º Restricções estabelecidas nas leis fiscaes e aduaneiras 227

§ 7.º Proibições diversas..... 227

§ 8.º Prestação de alimentos 229

§ 9.º Exercício de industria ou profissão, e do commercio 231

Artigo II. Quanto aos bens do fallido 233

Artigo III. Quanto aos contractos..... 236

§ 1.º Os contractos synallagmaticos em geral.....	237
§ 2.º O contracto de conta-corrente.....	239
§ 3.º O contracto de sociedade.....	249
§ 4.º Os contractos de mandato e commissão	250
A Fallencia do mandatário.....	251
B Fallencia do mandante	252
§ 5.º Outros diversos contractos.....	253
Secção III. Actos nullos e annullaveis.....	255
Artigo I. Actos absolutamente nullos de pleno direito.....	266
Artigo II. Actos nullos de pleno direito a beneficio da massa	274
§ 1.º Actos a titulo gratuito.....	280
§ 2.º Pagamentos de dividas não vencidas feitos dentro do termo legal da fallencia.....	292
§ 3.º Hypothecas e outras garantias reaes celebradas dentro do termo legal da fallencia para garantir dividas anteriores.....	299
§ 4.º Renuncia á suceessão, legado ou usufructo	309
§ 5.º Restituição antecipada do dote ou sua entrega antes de tempo...	310
§ 6.º Inscrição de hypothecas e transcrições de onus reaes e de transmissões <i>inter-vivos</i>	311
Artigo III. Actos annullaveis a beneficio da massa	314
§ 1.º Actos a titulo oneroso entre o fallido e o conjuge ou entre o fallido e seus parentes	315

§ 2.º Actos fraudulentos (Acção revocatoria commercial)	317
Artigo IV. Efeitos jurídicos da invalidade dos actos do devedor	330
§ 1.º Quanto á massa	331
§ 2.º Quanto ao terceiro contractante	333
A. Má fé do terceiro	334
B. Boa fé do terceiro	336
Artigo V. Meios judiciais para invalidar, em beneficio da massa, os actos eivados de nullidade de pleno direito ou os annullaveis.....	338
§ 1.º Normas especiaes sobre a acção revocatoria ou de nullidade	339
§ 2.º Por quem e contra quem deve ser promovida a acção revocatoria ou de nullidade	341
A. Por quem	341
B. Contra quem.....	347
§ 3.º A prova da fraude e da má fé	350
§ 4.º O interdicto fraudatorium	354

CAPITULO IV

Do período preparatório ou de informação da fallencia.....	359
Secção I. Pessoal que figura no período de informação	360
Artigo I. O juiz	360
Artigo II. O curador fiscal das massas fallidas.....	362
Artigo III. Os syndicos provisórios	368

Artigo IV. Os credores.....	377
Artigo V. O fallido	380
Secção II. Arrecadação e guarda dos bens do fallido	381
Secção III. Administração provisória e representação jurídica da massa dos credores.....	387
Secção IV. Inventario, levantamento ou verificação do balanço, exame de livros.....	392
Secção V. Continuação do negocio do fallido	395
Secção VI. Convocação e reunião ordinária dos oradores	398
Artigo I. Convocação dos credores	398
Artigo II Reunião ordinária dos credores	400
Secção VII. Verificação provisória dos créditos	404
Secção VIII. Encerramento e soluções da fallencia no primeiro período	409

CAPITULO V

Da Concordata	413
§ 1.º Concordata por pagamento.....	419
§ 2.º Concordata por abandono.....	424
Secção I. Formação da concordata.....	428
Secção II. Embargos á concordata	448
Secção III Efeitos jurídicos da concordata	452
Artigo I. Efeitos da concordata por pagamento	453

§ 1.º Efeitos relativos ao concordatário.....	454
§ 2.º Efeitos relativos aos credores	460
Artigo II. Efeitos da concordata por abandono	468
Secção IV. Rescisão da concordata por pagamento ainda não cumprido.....	469
Artigo I. Casos de rescisão.....	469
Artigo II. Quem pode requerer a rescisão, e seu rito processual	478
Artigo III. Efeitos da rescisão	478
Secção V. Anulação especial da concordata por pagamento ou por abandono.....	480

PARTE PRIMEIRA

DAS FALLENCIAS

INTRODUÇÃO

HISTORICO. CONSIDERAÇÕES GERAES

§ 1º

Synthese historica do instituto da fallencia

Summario. — 1. Na *venditio bonorum* do Direito Romano tem o instituto da fallencia as suas raizes. — 2. O *concursum creditorum*, na ultima phase do Direito Romano, suas causas e efeitos, arcabouço da fallencia moderna. — 3. Meios preventivos da fallencia romana. — 4. A amplitude da fallencia romana e porque no direito moderno ella penetrou com feição essencialmente commercial.

1. Nos ultimos tempos da Republica Romana, o Pretor, com a extraordinária faculdade de confirmar, supprir e corrigir o direito civil, admittira a *venditio bonorum* entre os meios de execução forçada das sentenças condemnatorias tendo por objecto o pagamento de certa somma em dinheiro.¹

¹ Sob o primitivo Direito Romano crudelissima era a situação do devedor: podia possuir casa, campos, escravos, gado, e mesmo dinheiro; em nada disso tocar, ao credor era

O credor ou credores, munidos de sentença, procuravam o magistrado, que, causa cognita, auctorisava, por decreto, a *missio in bona*, e, em virtude desta, entravam na posse de todos os bens do devedor, procedendo depois á venda mediante determinadas formalidades.

A *missio* não despia o devedor da propriedade nem da posse juridica dos seus bens; privava-o apenas da administração, que passava ao *curator*, nomeado pelo magistrado *ex consensu majora partis creditorum*. O patrimonio do devedor constituia um *penhor* em benefício Idos credores ¹.

Esse processo obrigatorio, preliminar da *venditio bonorum*, tomou a designação especifica de *missio in possessionem rei servandoe causa* para differençar-se das outras *missiones*, e representava não só a introdução ao *concursum creditorum*, como também alta medida

licito. A pessoa do devedor constituia a garantia unica dos credores. *Quiton habet in e solvat in corpore*. Fosse isto devido, como pensa IHERING, ao caracter da sociedade primitiva onde os primeiros movimentos do sentimento do direito lesado consistiam na violenta reacção contra a injustiça causada, na defeza privada e na vingança (*Esprit du Droit Romain*, vol. 2 n. 740; MAINZ, *Curs de Droit Romain*, vol. 1.º § 34), fosse o resultado, como suppoee NIEBUHR, de uma politica resoluta dos chefes da plebe, que consideravam perigoso admittir a execução real, porque os patrícios podiam dess'arte .se apoderar dos dominios de sua ordem, ou fosse resultado do grande respeito que tinham os romanos pelo direito de propriedade (o que SAVIGNY combateu com vantagem), é certo que a execução versava unicamente sobre a pessoa do devedor.

As leis das *Doze Tabas*, que mantiveram a odiosa medida da *manus injectio* contra o *confessus* e o *judicatus*, permittindo ao credor conservar o devedor in *carcere privativo*, vendel-o como escravo *trans Tiberim*, e até matal-o e in partes secare, foram com o andar dos tempos, modificadas já pela Lei Papiria, que no dizer do grande TITO LIVIO inaugurou nova era de liberdade, *velut aliud initium libertatis*(*Historia Romana*, Liv. VIII, c. XXVIII), já pela influencia das disposições do diretor pretoriano. Veiu desde então a execução real sobre os bens do devedor, a qual somente teve verdadeiro desenvolvimento depois que a Lei butia derrocou as *actiones legis*, substituindo-as pelo *systhema formular*

Sob o domínio deste processo formular, entre os meios de execução forçada, alem da detenção pessoal do devedor, contavam-se a *bonorum sectio*, privativa do erário publico contra seus devedores, a *bonurum venditio*(á qual nos referimos no texto) a *bonurum distractio*, e o *pignus in causa judicati captum*, ou simplesmente *pignus judiciale*

¹ ULPIANO na L. 26 pr. Dig. 13, 7. "Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui..."

conservatória de direitos, impediendo de desvios e abusos: — *custodia, observatio et proscriptio bonorum*.¹

A nota de *infamia* vinha pesar sobre o devedor insolvel², o qual só se libertava de todos os efeitos da *venditio bonorum* depois de pagos integralmente os credores.

E' nesse remedio pretoriano que descobrimos as profundas raizes da fallencia moderna.

2. Estudando o Direito Romano, era sua epocha ultima, acharemos, então, o arcabouço do instituto perfeitamente composto.

O *concursum creditorum* do insolvel abria-se em virtude de causas determinadas, taes como:

a) Quando o devedor infeliz e de boa fé recorria á *bonorum cessio*, entregando a seus credores a totalidade dos bens presentes.³

Esta cessão, que JUSTINIANO chama *fleBILE adjutorium* (L. 7 Cod. VII, 71), conservava intacta a honra do devedor e evitava a, detenção pessoal⁴, independia da acceitação dos credores⁵, e libertava o devedor, não de toda a obrigação, mas até á concorrência do valor dos bens abandonados⁶. O devedor não podia ser executado para pagamento do saldo senão até á concorrência dos bens futuramente adquiridos *in quantum facere potest*, e ainda assim lhe assistia o direito de conservar quanto fosse necessário para viver, favor denominado pelos romanistas modernos *beneficium competentioe*⁷.

¹ L. 3 § 23 Dig. 41, 2; L. 12 pr., L. 14, L. 15, Dig. 42, 5; L. 8 Dig. 42, 4; CICERO, *Pro Quint.* 27.

² L. 2 Cod. 2, 12. — VAINBERG, *La Faillite d'après le Droit Rom.*, pag. 282.

³ Dig. 42, 3; Cod. 7, 71.

⁴ L. 1 Cod. 7, 71; L. 11 Cod. 2, 12.

⁵ L. 9 Dig. 42, 3; L. 6 Cod. 7, 71.

⁶ L. 1 Cod. 7, 71.

⁷ § 40 Inst. 4, 6; L. 4 e 6 Dig. 42, 3; L. 6 Cod. 7, 71.

b) Quando o numero de credores e a importância dos créditos eram tão elevados que tornavam provável a insuficiência dos bens do devedor, e este não queria consentir na cessão.¹

c) Quando o devedor fugia, ou quando á uma successão vaga concorriam muitos credores sendo manifesta a insuficiência dos bens para pagamento de todos.²

A abertura do concurso, que era sempre pronunciada pelos credores, ordenada por decreto do magistrado, e iniciada pela *missio in bona*, trazia importantes efeitos já quanto á pessoa do devedor, já quanto aos credores; organisava o syndicato de todos estes e impunha-lhes como regra fundamental a mais completa egualdade, *post bona possessa...* PAR CONDITO *omnium creditorum*³; formava dos bens arrecadados uma massa, cuja administração cabia ao *curator bonorum*, nomeado pelos credores por maioria de votos e confirmado pelo juiz; estabelecia a classificação dos credores em diversas categorias: credores reivindicantes, credores separatistas, credores da massa os credores chirographarios; auctorisava a anulação dos actos fraudulentos do devedor por meio do *actio pauliana* e do *interdictum fraudatorium*.

São estes justamente os traços salientes da instituição da fallencia hodierna.⁴

3. Existiam também diversos meios de evitar a abertura real do concurso e afastar as suas consequencias. Taes eram, segundo expõem MACKELDEY e VAINBERG:

¹ MACKELDEV, *Manuel de Droit Rom.* § 767

² MACKELDEV, *Manuel de Droit Rom.* § 767

³ ULPIANO, na L. 6 § 7º. Dig. 42, 8.

⁴ Quem tiver interesse em pesquisar os detalhes, leia. a importante monographia de S. VEINBERG, *La faillite d'après le Droit Romain*, impressa por ordem do Governo Francês em 1874; TAMBOUR, *Des votes d'exécution sur les biens des debiteurs*, Paris, Lacour, 1856; VINCENS, *Exposition raisonnée de législation commerciale*; GIORGIO PAGANO, *Teorica del fallimento*, Palermo, 1889 RENOUIARD, *Traité des faillites et Banqueroutes*, vol. 1 º, Parte 1; KELLER, *procedure Civile et des Actions chez lês Romains*, trad de C. Capmas, Paris, 1870; BONJEAN, *Traité des Actions chez lês Romains*, 1845, vol. 2; 392 e segs.

1.º a intervenção de terceiro pagando ou dando fiança pelo devedor;

2.º a espera ou o *moratorium* concedido pelo Imperador ao devedor de boa fé;

3.º a espera concedida pelos próprios credores — *moratorium conventionale*, que era um *pactum de non petendo intra tempus*, isto é, limitado a certo tempo; a maioria dos creditos vencia e forçava a minoria a acceital-o;

4.º a concordata, isto é, o *pactum remissorium*, ou o *pactum de parte debiti non petenda*, pelo qual os credores declaravam perder uma parte do seu credito, contentando-se com um dividendo.

4. Os romanos não tinham em sua legislação regras especiaes para as relações de character mercantil. O conceito da *missio in bona* era amplo, abrangia os devedores de qualquer classe ou categoria.

A fallencia penetrou, porém, no direito moderno com uma feição essencialmente commercial por motivos simplesmente históricos.

Na idade media causas politicas, economicas e sociaes concorreram efficazmente para que, em diversos Estados do norte da Itália, entre outros Genova, Florença, Milão e Veneza, se desenvolvesse o espirito commercial.

As novas relações, que então appareceram, não encontraram na legislação daquelles Estados normas que se lhes applicassem; tiveram de ser regidas pelos *usos* e *costumes*.

Desde a queda do Imperio Romano fôra abandonado o estudo e cultivo do direito que por tantos séculos governara o Povo-Rei, e, ao lado d'elle, surgira outro direito com traços completamente diversos: o direito germânico; mas justamente quando aquelles Estados começaram a prosperar, o estudo do Direito Romano renascera com vigoroso impulso,

sobresahindo especialmente a celebre escola de Bolonha, para afinal, devido á sua intima virtualidade, triumphar, auxiliado pelo Christianismo, de todos os obstáculos e elementos germanicos¹.

Aquelles usos e costumes, estabelecidos pelo trafico commercial, foram depois convertidos em lei escripta, formando mais tarde uma legislação á par da romana, com vida independente desta, da qual aliás recebera as inspirações dos grandes preceitos e regras.

Essa legislação, nascida nos séculos 16.º e 17.º, progrediu rapidamente constituindo-se num corpo de doutrina, que foi recebendo constantes aperfeiçoamentos, enquanto que o Direito Romano applicado as relações de ordem civil, já constituido e codificado, passou a ser considerado uma arca santa em a qual se não devia tocar.

O *Direito Commercial* foi então chamando a si, ampliando e adaptando á esphera de sua acção, certas instituições delineadas pelo Direito Romano, e creando outras para regerem as relações que surgiam com desenvolvimento do commercio.

Aproveitando a *missio in bona* do Direito Romano os jurisconsultos e legisladores daquelles Estados italianos aperfeiçoaram-na, preparando-a de modo a regular a insolvabilidade dos que se entregassem ao trafico mercantil. Graças a seus pacientes esforços, diz eminente escriptor, as lacunas que apresentava a fallencia romana completaram-se e foram imaginadas novas ródas destinadas a dar ao mechanismo maior destreza.

O velho direito italiano foi, pode-se dizer, o laboratório da fallencia moderna. Introduziu a designação normal dos syndicos; o balanço; exame de livros e contas; a verificação do activo e passivo; a publicidade da fallencia; a exigibilidade das dividas a prazo; o periodo suspeito; a privação do fallido da administração de seus bens; a

¹ Conde SAVERIO DE CILLIS, *Il Diritto Romano a traverso la civiltà européa*. Napoli, 1879. pag. 4.

distribuição de dividendos proporcionaes á importancia dos credits, salvas as preferencias hypothecarias e privilegiadas; a prestação de alimentos ao fallido em certos casos; o accordo entre o fallido e os syndicos representantes dos credores e approved pela maioria destes, obrigando a todos os outros ausentes e dissidentes; a cessão de bens concedida aos fallidos casuaes etc. etc¹.

A França, nos séculos 17.º e 18.º, antes de qualquer outra nação, recebeu dos italianos as leis que estes haviam estabelecido em beneficio do commercio. Foi principalmente por Lyon, diz RENOUEAU, que os costumes commerciaes da Italia se introduziram em França, e que o direito italiano sobre fallencias dominou nos usos do commercio francez até á epocha em que a Ordenança de 1673 os escreveu em suas leis.

Esta Ordenança, primeira codificação do direito francez, grandes elementos forneceu ao Código Commercial de 1807, onde foi consagrada a fallencia como instituição exclusivamente commercial.

As legislações que se inspiraram na escola italiana e franceza, entre as quaes a brasileira, adaptaram a instituição somente aos commerciantes e incorporaram as suas disposições reguladoras nos respectivos códigos de commercio.

§ 2.º

A nossa legislação sobre fallencias

Summario. — 5. O Cod. Com. Brasileiro. — 6. Imperfeição da sua parte III, relativa ia quebras. Projecto Nabuco em 1866 e Lei de 1882 sobre concordatas. — 7. Estudos de

¹ Leia-se RENOUEAU, Traité des Faillites, vol. 1 pag. 21 e segs.

revisão em 1888 e 1889 — 8. O Decr. n. 917 publicado pelo Governo Provisório da Republica, sua elaboração. — 9. Escopo de uma boa lei de fallencias. Dificuldades a enfrentar. — 10. Lacunas e defeitos do Decr. o. 917. — 11. Auctoridade legislativa desse acto dictatorial.

5. A publicação do Codigo Commercial, em 25 de Junho de 1850, significou para o Brazil um grande progresso juridico. Haviam organizado os seus códigos a França em 1808, a Hespanha em 1829, o Reino de Portugal em 1833, a Hollanda em 1838. O Brazil seguiu-se em quinto lugar em 1850, notando-se que, desde 1833, uma comissão de quatro negociantes, presidida pelo Conselheiro José Clemente Pereira e nomeada pela Regência Permanente, sendo ministro da justiça o Cons. Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho, depois Visconde de Sepetiba, iniciara a elaboração do respectivo projecto, que em 1834 foi entregue ao Governo, e logo enviado ao Poder Legislativo, donde somente voltou, convertido em lei, dezeseis annos depois.

Até 1850 achava-se o Brazil, em virtude da lei de 30 de Outubro de 1823, sob o domínio da lei portugueza de 18 de Agosto de 1769, que mandou seguir nos negocios Mercantis e marítimos, como subsidiarias, as leis das nações civilisadas da Europa.¹

Muito bem recebido foi o Código Commercial; elle, que se inspirara nos codigos francez, portuguez, e muito especialmente no hespanhol, sem esquecer os usos e costumes do nosso incipiente commercio, veiu tornar certas as regras e os preceitos que deviam presidir ás relações mercantis até ahi entregues ás vacillações da jurisprudência, orientada pela *boa razão*.

¹ Vide em ALMEIDA E SOUZA, *Execuções*, §§ 500 a 512, a velha legislação portugueza sobre o concurso de credores do fallido.

Com o andar dos tempos, a pratica foi demonstrando as imperfeições e lacunas desse grande trabalho. E' tributo que pagam obras humanas.

Durante a Monarchia por muito poucas alterações passou o Código A excepção da reforma sobre sociedades anonymas, primeiro pela lei n.º 1083 de 22 de Agosto de 1860 regulamentada pelo Decreto n.º 2711 de 19 de Dezembro do mesmo anno, e posteriormente pela lei n.º 3150 de 4 de Novembro de 1882, com o regulamento dado pelo Decreto n.º 8821 de 30 de Dezembro de 1882, todas as mais consistiram em simples modificações de uma ou outra disposição sem grande importância.

6. Bem cedo mereceram censuras e queixas as disposições sobre quebras, objecto da Parte III (art 797 a 906), e sobre o respectivo processo, regulado pelo Decreto n.º 738 de 25 de Novembro de 1850. Os ligeiros retoques do Decreto n.º 1597 de 1.º de Maio de 1855 nada adeantaram.

Um dos nossos maiores jurisconsultos, o Cons. NABUCO, então ministro da justiça, conhecendo daquellas queixas, apresentou, em sessão de 1 de Junho de 1866, na Camara dos Deputados, uma proposta modificando diversas disposições e estabelecendo outras.

O eminente estadista justificava nestes termos o seu projecto:

"Ha quatorze annos o nosso commercio acolheu esperançoso a legislação de 1850. O tempo, porém, veio demonstrar que não era senão illusoria a protecção que o Codigo promettia aos credores."

Com effeito, o nosso processo das fallencias, lento, complicado, dispendioso importa sempre a ruina do failido e o sacrificio do credor. Uma dolorosa experiencia tem demonstrado que os credores, apezar das fraudes de que são victimas, descoroçados do resultado,

abstem-se desses processos eternos, e querem antes acceitar concordatas as mais ruinosas e ridiculas. Os exemplos são frequentes e de cada dia, não ha que duvidar daquillo que vemos e deploramos.

Reconheço, como reconhecia um illustre ministro da justiça da Bélgica, na exposição e motivos da lei de 1851, que esta matéria é por si difficil, e as difficuldades provêm mesmo da natureza dellas.

É força, porém, remediar o mal, si não completamente, ao menos quanto é possível. No meu relatório assignalei como um dos graves defeitos do processo actual a confusão do interesse da justiça publica e do interesse privado, a dependência da parte criminal e da parte commercial. muitas vezes desnecessária em relação á justiça publica e quasi sempre gravosa á massa fallida.

Estava oficialmente iniciada a reforma desta legislação.

O projecto NABUCO, porém, não vingou, ou porque fosse incompleto, ou porque circumstancias especiaes de ordem politica embaraçassem o seu estudo.

Em 1879 a comissão de justiça da Camara dos Deputados apresentou um projecto de lei sobre concordatas. D'ahi proveiu o Decr. Legislativo n. 3065 de 6 de Maio de 1882. que alterou as disposições dos arts. 844 e 847 do Código Commercial e permitida a concordata por abandono, aliás ja lembrada no projecto NABUCO.

Foi esta a modificação de maior importância que soffreu a Parte IIII do Código Commercial.

7. Urgia entretanto a reforma da legislação sobre fallencias.

Em 1872 notava o respeitavel Cons. OLEGARIO, actual presidente do Supremo Tribunal Federal: "Sobre a deficiencia e vicios, que a pratica tem demonstrado, da legislação patria era materia de, fallencias

ha muito que dizer. E' a parte da legislação commercial que mais reparo merece e onde justamente se faz preciso um estudo de reforma mais aprofundado.”¹

“E' geralmente reconhecido, — escrevia, em 1889, o dr. MACEDO SOARES, illustrado juiz da 2.º vara commercial da cõrte do Imperio, e hoje ministro d'aquelle Tribunal, — que o processo das fallencias, tal como está determinado no Codigo Commercial do Brazil, no Regulamento n.º 738 de 25 de Novembro de 1850, na Lei n. 1597 de 1.º de Maio de 1855 e mais monumentos legislativos, resente-se, entre outros defeitos, de dois gravissimos: é demasiado lento e demasiado dispendioso. A longa morosidade, que consome a paciencia dos credores, e o avultado dispêndio que absorve em custas o melhor das massas fallidas, são devidos a formalidades inteiramente inúteis, que podem ser eliminadas ou substituidas, sem damno para os credores, sem gravame para os fallidos, sem prejuízo para a verdade dos factos concernentes á qualificação da quebra, á punição dos criminosos e á rehabilitação do devedor honesto que se achar envolvido nas tramas do processo.”²

Os derradeiros governos da Monarchia mostraram-se dispostos a enfrentar, com seriedade, a reforma.

O venerando Cons. FERREIRA VIANNA, ministro da justiça em 1888, dizia em seu notável Relatorio: “O processo da fallencia precisa de ser revisto cora o fim de evitar muitas fraudes que se dão nas concordatas e tornar mais independente a parte civil da parto criminal de modo a facilitar o contracto de união dos credores e abreviar a liquidação. Os juizes do commercio da cõrte, bacharéis Luiz de ,Hollanda Cavalcante de Albuquerque e António Joaquim de Macedo Soares, acceitaram a incumbência de propor as medidas aconselhadas pela pratica e

¹ *O Direito*, vol. 1, pag. 7.

² *O Direito*, vol. 51, pag. 323.

experiência adquiridas no exercício de seus cargos, consultando as legislações mais adeantadas neste assumpto.”¹

O Cons. CÂNDIDO DE OLIVEIRA, ultimo ministro da justiça, por aviso de 14 de Outubro de 1889, nomeára, para organizar o projecto de reforma da legislação sobre fallencias, uma commissão composta do Cons. J. Andrade Pinto, do Supremo Tribunal de Justiça, Dra. Hollanda Cavalcante e Macedo Soares, juizes da 1.º e 2.º vara commercial dá côrte, Cons. E. Andrade Pinto e D.r Affonso Celso Júnior².

Reuniu-se essa commissão em 21 de Outubro, na Secretaria da Justiça, sob a presidencia do ministro, sendo incumbido o D.r MACEDO SOARES de redigir o projecto³.

¹ Relatorio apresentado á *Assembêa Geral Legislativa* na 3º sessão da 20º legislatura, 1888, pag. 75.

² “Ministério dos Negócios da Justiça. — Rio de Janeiro, 14 de Outubro tio 1889. ILL.mo Ex.mo Snr. — Tendo o governo imperial de apresentar na próxima reunião do corpo legislativo um projecto de lei sobre fallencias o outro sobre tribunaes; correccionaes, resolveu nomear para esse fim uma commissão composta de V. Ex., do I conselheiro João José de Andrade Pinto e dos Drs. Affonso Celso de Assis Figueiredo, Luiz de Hollanda Cavalcante de Albuquerque e António Joaquim de Macedo Soares, a qual, presidida pelo ministro da justiça, deverá reunir-se nesta secretaria de Estado, no dia 21 do corrente, a 1 hora da tarde. O governo imperial espera do zelo de cada um dos membros da commissão que acceitarão esse encargo, dando mais uma prova do seu reconhecido patriotismo e interesse por tudo quanto se refere á causa publica. Deus guarde a V. Ex — *Candido Luiz Maria de Oliveira*. — A. S. Ex, o Sr. Conselheiro Eduardo de Andrade Pinto, e idêntico aos demais membros da commissão”. (*Diario Official*, de 15 de Outubro de 1889).

³ O Diário Official, de 22 de Outubro de 1889, em seu *Noticiario*, publicou o seguinte: *Fallencias e tribunaes correccionaes*. Reuniu-se hontem na Secretaria da Justiça a commissão nomeada pelo Sr. Cons. Cândido Luiz Maria de Oliveira para organizar um projecto sobra fallencias e outro sobre tribunaes correccionaes, que deverão ser submettidos ao corpo legislativo. Estiveram presentes os Srs. Ministro da Justiça, Cons. João José de Andrade Pinto, Eduardo de Andrade Pinto, Drs. Luiz de Hollanda Cavalcante de Albuquerque, António Joaquim de Macedo Soares c Affonso Celso de Assis Figueredo. O Sr. Cons. Cândido Luiz Maria de Oliveira agradeceu o comparecimento dos Srs. membros da commissão, solicitando o seu concurso para o fim que o governo tinha em vista. Depois de ligeiro debate, resolveu-se que o Sr. Dr. Macedo Soares ficasse encar -regado de formular o projecto sobre fallencias e o Sr. Cons. Joio José de Andrade Pinto o relativo a tribunaes correccionaes, sendo os respectivos trabalhos discutidos em reuniões opportunamente marcadas. Doliberou-se também que o Dr. Affonso Celso fosse nomeado secretario da commissão.

Este magistrado chegou a escrever unia exposição intitulada — *Reflexões sobre o processo da fallencia*, trabalho publicado n'O *Direito*, vol. 51.

O advento da Republica não consentia que a commissão concluísse a sua tarefa.

8. O Governo Provisorio da Republica, constituído pelo exercito e armada em nome da Nação, na agitação de reformas de que foi accommettido, não esqueceu as fallencias.

Lê-se na *Exposição apresentada ao chefe do Governo Provisório em Janeiro* de 1891, pelo ministro da justiça, general CAMPOS SALLES, pag. 17: ... Na parte relativa ás fallencias, de ha muito a pratica demonstrára defeitos e inconvenientes que, embaraçando a marcha do processo desde a abertura da fallencia até a final liquidação, o tornava sobremodo vexatório para o fallido e ruinoso para os credores. A's duvidas sobre o caracteristico legal da cessação de pagamentos e insolvência, natureza commercial das dividas, classificação dos créditos, separação do patrimonio individual o social, accresciam as queixas de fraudes nas concordatas, de óbices oppostos pelo moroso processo criminal ao contracto de união, da insuficiência de fiscalisação, falta de garantias na administração das massas e no julgamento dos fallidos.

Por Decr. n.º 139 de' 10 de Janeiro deste anno, foi creado o logar privativo de curador das massas fallidas; e depois de ouvir notáveis advogados e magistrados competentes propuz a reforma da referida parte do Código Commercial.

Com effeito, pelo Decr. n.º 917 de 24 de Outubro de 1890 fôra reformada a Parte III do Codigo, e por Decr. da mesma data, sob n. 916, creado o registro de firmas ou razões commerciaes, instituição que se reflecte intimamente na actual legislação de fallencias.

Os projectos destes dois decretos foram elaborados exclusivamente pelo Cons. CARLOS DE CARVALHO, advogado, comquanto para esse fim tivesse sido também commissionedo pelo' Governo Provisório o Dr. MACEDO SOARES.¹

O projecto sobre fallencias foi preparado no curto espaço de quatorze dias,² e, se muitas outras produções não houvessem já revelado de sobra os altos conhecimentos juridicos do seu illustrado auctor, para tanto bastaria, na verdade, ó que constituo um dos mais importantes actos que apparecem no espolio do Governo Provisório.

Tem senões e defeitos imperdoáveis o Decreto n.º 917, mas é certo que assentou alguns pontos de vacillante jurisprudência, e trouxe um raio de luz á nossa legislação, abrindo novos horisontes ao estudo do direito commercial pátrio.

¹ O Diario Official, n. 330 de 7 de Dezembro de 1890, pag. 5654, publicou o seguinte aviso:

"Ministério dos Negócios da Justiça. — Rio de Janeiro, 5 de Novembro de 1890. — Tendo o governo resolvido decretar a reforma da lei das fallencias para satisfazer á urgentes reclamações do commercio e do fôro, cabe-me a satisfação de agradecer-vos a efficaç e patriótica collaboração que prestastes no respectivo projecto. Saude e fraternidade. — *M. Ferraz, de Campos Salles*. Sr. Cons. Carlos Augusto de Carvalho." Identico ao juiz de direito António Joaquim de Macedo Soares.

Os projectos manuscriptos dos decrs. n. 916 e 917 de 24 de Outubro de 1890 (registro de firmas e fallencias) figuraram na Exposição dos trabalhos juridicos, realisada pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros a 7 de Setembro de 1894, sendo expositor o seu auctor o Cons. Carlos de Carvalho. No *Catalogo da Exposição* figuram sob n. 7 da *Secção Brasileira*.

² Em publicação no *Jornal do Commercio*, de 13 de Março de 1892 escreveu o Sr. Cons. CARLOS DE CARVALHO:

"O Decreto n. 917 de 24 de Outubro de 1890 pode ter, como tem, muitos defeitos, tal a precipitação com que foi elaborado. Em 14 dias não era possível produzir-se melhor. Aos tribunaes o aos jurisconsultos cumpre, nos pontos duvidosos ou irritantes, executal-o de modo a fazel-o produzir tudo quanto de bom encerra.

Se um artigo ou uma disposição, aparentemente aspera, se presta a uma interpretação que respeite os intuitos da reforma — conciliar os interesses doa credores e dos devedores, não he motivo para deixar de proclamal-a e de manter na reforma sua feição característica."

9. Uma lei sobre fallencia é trabalho de grande magnitude. Para convencer-mos deste asserto bastará attender ao fim que ella visa: a garantia e protecção ao credito .¹

M. CHAMBERLAIN, presidente do *Board of Trade*, da Inglaterra, por ocasião da discussão do projecto que foi convertido no *Bankrutptcy Act* (46 e 47, Vict c. 52), disse criteriosamente na Camara dos Communs em 19 de Março de 1883: A boa lei de fallencia deve ter em vista dois objectos principaes e distinctos. Em primeiro logar deve-se propor a garantir a administração honesta do património do fallido, afim de chegar a uma distribuição integral e prompta do activo entre os credores. Em segundo logar deve, respeitando o principio — *é melhor prevenir do que punir* —, tomar medidas para elevar o nivel da moralidade commercial, para favorecer o desenvolvimento do commercio honesto e para diminuir o numero das fallencias. Em outros termos, o legislador deve proteger, tanto quanto possivel o salvamento (*to protect the salvage*) e diminuir o numero de naufragios (*to diminish the number of the wrecks*).²

O assumpto é escabroso e vastissimo, e toma proporções gigantescas quando se considera que nos menores detalhes da lei deve ser mantida uma grande homogeneidade, afim de que, nas muitas e complicadas phases porque passam os diversos interesses nella compromettidos, a applicação de suas normas não seja lacunosa, falha, contradictoria ou improficua. Por isso mesmo que a fallencia se prende estreitamente a outros institutos juridicos, a symetria e conformidade

¹ Não devemos esquecer, diz a *Exposição de motivos* do Código Hespanhol de 1895, que a legislação de quebras tem por principal objecto impedir que os commerciantes abusem do credito, que é a alma do commercio e que compromettam irreflectidamente os capitães alheios.

² *Annuaire de Legisl. Etrang.* 1884, pag. 78; *Bulletin de Lagisl. Comp.* 1898, XVII, pag. 293

entre elles devem ser observadas para que se não quebre o systema harmonico da sciencia do direito.¹

Il tema dei fallimenti é un problema insoluto ed insolubile, observou CAVERI, inaugurando os trabalhos da comissão governamental italiana para a elaboração do Código do Commercio, de cuja comissão foi presidente²; *las quiebras son la cuadratura del circulo dei derecho comercial*, escreveu, por sua vez, o Dr. LISANDRO SEGOVIA.³

Quanto mais se desenvolve o commercio de um paiz mais repetidas são as reformas desta parte da legislação.

“Podemos dizer, affirmava Mr. LAROSE, no seu relatório de 1889 sobre a reforma da lei franceza relativa á liquidação judiciaria, que os povos que mais se têm distinguido pelo commercio em todos os séculos, não deixaram passar duas gerações sem reformar as regras estabelecidas para a realisacão e liquidação dos bens dos devedores insolvaveis. Mas, se o problema de uma boa lei de fallencia acha-se universalmente proposto, não parece ter sido resolvido vantajosa e definitivamente em parte nenhuma.”⁴

A prova temos na Inglaterra. O legislador inglez, procurando dotar o seu paiz com uma boa lei de fallencia, foi de encontro a seus

¹ A difficuldade do assumpto tem levado alguns pensadores a pedirem a abolição a fallencia. Contra as leis de fallencia ha sempre queixas geraes já dos credores, já dos devedores; a causa, dizem elles, vê-se e não se quer vêr e uma só palavra define: — a inefficacia destas leis. Os defeitos e vicios estão nas raízes da instituição que não corresponde ao espirito da legislação e ás necessidades do tempo. Assim discorre ANTONIO DE PETRIS, na sua curiosa monographia *L'Abolizione del Fallimento*, Veneza, 1879.

² Apud CUZZERI, no II Cód. *Di Com. Italiano Commentado*, vol. 7, n. 3.

³ Explication y critica del nuevoCodigo de Comercio Argentino, Introd. pag. XXIV.

⁴ Apud Dalloz Suppl. Au Repert., ver. Faillite n. 3.

hábitos e, nos sessenta annos anteriores a 1883, publicou quarenta e uma leis sobre aquella matéria, seguindo-se outras em 1884, 1888 e 1890.¹

Qual o paiz que já. chegou a ter a sua legislação sobre fallencias escoimada de defeitos e ao abrigo da critica?

Uma lei de fallencias, escreve THAILLER, tenha embora grande valor, deixará sempre muito maior margem á crítica do que as leis concernentes a outras partes do direito.² Todo instrumento complexo é delicado; tendo por mister realizar funcções múltiplas, basta a fraqueza de um só órgão para embaraçar o estabelecimento do equilíbrio geral. A fallencia tem um campo muito vasto para o auctor da lei evitar em seu trabalho a entrada de erros e de disposições mal applicadas. O espirito, procurando figurar o desenvolvimento de uma fallencia e o fim a attingir, perturba-se com as proporções do plano. Qual será, pois, a impressão dos homens da lei incumbidos da delicada honra do realizar este plano por meio de textos precisos e regras homogeneas? Ninguém se illuda, termina o sábio professor, a lei de fallencia é a legislarão civil inteira, é a theoria das obrigações e dos direitos reaes, de novo explorada o investigado desde os seus primeiros elementos.³

Na verdade, o instituto da fallencia não se restringe aos domínios do direito commercial; penetra nos do direito publico, do direito civil, do direito internacional publico e privado, do direito criminal, do direito judiciario, em cada um dos quaes vae buscar regras, preceitos e ensinamentos, tendo, muitas vezes, de modifical-os a fim de adaptal-os ao grande meio de execução collectiva que tracta de organizar. Inspira-se

¹ LION CAEN, no Annuaire de Legisl. Etrang. 1884, pag. 77.

² Todos perdem em uma fallencia, aprecia RENOVAR, (*Traité des Faillites*, vol. 1º pag. 175); a sabedoria consiste não em impedir ou prevenir sacrificios obrigatorios; mas, em medil-os e coordenal-os. Atribui-se facilmente à lei os males providos da necessidade a que a lei deve obedecer; e como, em tempo nenhum, nem em paiz nenhum do mundo a lei poderá impedir que a fallencia seja um máu negocio, é de presumir que por toda a parte e sempre appareçam queixas contra a legislação das fallencias.

³ Des Faillites em Droit Compare, vol. 1º. N. 3.

ainda na sciencia economica, cujos phenomenos não lhe devem ser extranhos, na sciencia financeira o na estatística, onde verifica a prova do resultado do sou funcionamento.

10. Comprovam-se assim as grandes dificuldades com que teve de lutar o auctor do Decreto n. 917.

Venceu-as proficuamente?

Comquanto se não possa negar o mérito real desse decreto, aliás tão pouco comprehendido em seu espirito, seria entretanto extravagância affirmar que elle veio melhorar o que até então existia.

Continuam as reclamações sobre o processo da fallencia o os interessados não cessam de clamar contra o Decreto n. 917 com energia ou maior do que aquella com que, sob a Monarchia, pediam a revisão da Parto III do Codigo Commercial.¹

¹ A Associação Commercial de S. Paulo, — em representação dirigida ao Congresso do Estado, em 31 de Maio de 1885, pedindo certas modificações no processo das fallencias, dizia “A liquidação das massas fallidas consome tanto tempo que fatiga e desanima aos credores; as avultadas despesas com que sempre é sobrecarregada absorvem algumas vezes a totalidade do valor apurado e são outro motivo de desalento. Estes factos determinam concordatas ruinosas a que os credores se submettem para evitar maiores prejuizos e delongas... Não se conhece nestes últimos annos um só caso de condemnação em fallencia, sendo entretanto certo que ellas tem sido frequentes e avultadissimas pelo numero de casos e elevado valor que envolvem e sacrificam.”

— O *Jornal do Commercio* de 23 de Junho de 1898, na Gazetilha, noticiando a reunião de industriaes effectuada, na véspera, por convocação do Centro Commercial para concordarem nas bases de uma representação ao Congresso Nacional, dá em extracto o que alli se passou, sendo o seguinte sobre a lei de fallencias:

“O Sr. *Leon Simon*, Secretario do Centro, expoz quaes os pontos que lhe pareciam essenciaes.

Entre as medidas que convinha solicitar do Congresso avultava a referente à lei das fallencias, que auxilia toda a espécie de escândalo; só protegia o fraudulento deixando á mercê de todos os prejuizos o credor. A cessão de bens é uma monstruosidade; qualquer velhaco, depois de vender o que de melhor tem em sua loja ou armazém sem dar satisfação aos credores, requer ao juiz cessão dos bens e pede quitação, e a obtém sem demora; ao passo que elle assim vai gozar do fructo da sua. aleivosia, os que lhe forneceram capital não têm a quem recorrer.

As cousas já chegaram a tal ponto, que nas reuniões de credores, só se ouve em conclusão — vamos chegar a um accôrdo para não irmos aos Tribunaes, pois se assim acontecer, estaremos todos perdidos.

O Sr. *Júlio Ottoni*, por sua vez, chama a attenção dos presentes para todas Lestas questões, merecendo-lhe a sua especial recommendação a lei sobre as fallencias, lei a seu ver inútil, pois, uma vez que não serve, não deve figurar na legislação; lei a todos os

Sem que seja intento nosso fazer um estado critico sobre a reforma de 1890, no correr deste livro apparecerão evidentes as suas lacunas e defeitos.

11. Ao martello da revolução de 15 de Novembro não escapou a legislação civil, criminal e commercial. Decretos sobre decretos, actos derogando leis do antigo regimen e até decretos dias antes publicados, e, o que é mais, a mania de publicar leis levadas ao cumulo! de reproduzir-se, mutilando, o que já fazia parte do nosso monumento legislativo, tudo isso concorreu para tirar a força moral aos actos emanados do Governo Provisório. Tal foi a desorientação nessa primeira epocha da Republica que, quando entramos no regimen constitucional, todos aquelles actos, servindo-nos da expressão com que G. SAREDO definiu a legislação alleman logo depois do domínio napoleónico, formavam *un pandemônio legislativo Che confondeva e pertubava animi ed interessi*.¹

Não se lembrou a juncta revolucionaria que a multiplicidade das leis é funestissima, e do que TACITO sentenciára: - *corruptissima republica plurimce legis!*

A Constituição Federal de 24 de Fevereiro de 1891 fez sentir expressamente que as leis do antigo regimen continuavam em vigor, em quanto não revogadas, e nem uma simples referencia teve aos actos do Governo Provisório.

Entrou em duvida, desde então, se esses actos tinham força de lei, ou se, ao contrário, haviam sido fulminados pelo Congresso

respeitos perniciosos aos homens honestos e protectora dos velhacos; pedir a revogação dessa lei chega a ser até um dever cívico.

O Sr. Tosta compareceu a esta reunião, porque, como representante da Nação, está acostumado a identificar-se sempre com a causa justa do commercio e da industria, no desempenho de seu mandato.

Entende que o Poder Legislativo não se recusará a tomar em consideração as queixas do commercio, sobre a lei de fallencia, que é imprestável, e mais do que isso prejudicial, na phrase do illustre Dr. Ottoni, aos homens honestos."

¹ Trattato delle Leggi, firenze, 1889, pág. 24

Constituinte, ficando dependentes de revisão e aprovação de Poder Legislativo.¹

O Decreto n.917 de 24 de Outubro de 1890 participou também, já se vê, desse ataque;² mas é certo que os Poderes Legislativos e Judiciário deram toda auctoridade jurídica aos actos emanados daquelle Governo. O Supremo Tribunal Federal em muitos accordams julgou-os validos e bons, e , relativamente ao Decreto n.917, o Congresso Nacional já teve occasião de revogar disposições nelle contidas, reconhecendo-lhes desse modo a força da lei.³

Todas as duvidas sobre a necessidade da revisão dos actos do Governo Provisório cessaram depois do iluminosissimo parecer n°. 223 da

¹ No Instituto dos Advogados de s. Paulo propoz o seu presidente, Dr. JOÃO MENDES DE ALMEIDA, a seguinte questão: à vista do disposto no art. 83 da Constituição Federal subsidem os decretos dictatoriaes do governo provisório alterando as leis anteriores, como por exemplo: a lei hypothecaria, a lei das sociedades anonymas, o Código penal?

A Revista de Jurisprudência desse Instituto, vol. 1°. Pág 55, dando conta da questão, acrescenta: - segundo parece ao proponente esses decretos do governo tem sido procedimento dos juizes e tribunaes que continuam a executal-os, como se a Constituição Federal não houvesse reprovado.

² O VISCONDE DE OURO-PRETO, em parecer que deu, a 9 de Março de 1892, começou nestes termos:

Versando a consulta sobre o decr. N.n 917 de 24 de Outubro de 1890, devo ressalvar uma questão prejudicial

No meu conceito esse decreto não pode ser legalmente applicavel, porque foi um acto dictatorial não confirmado pelo Congresso.

E' terminante a disposição do art. 83 da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, quando determina que continuem em vigor, em quanto não forem revogadas, as leis do antigo regimen, no que não oppozeram ao systema do governo e princípios nelle consagrados.

A parte 3º do Código Commercial não foi revogada por uma resolução legislativa (Const. Art. 34 n. 23) e nem se oppões aos princípios e fórma de governo actuaes.

Continua portanto em pleno vigor.

O elemento histórico por sua vez põe fora de contestação esta doutrina.

Feita assim a ressalva e considerando que de facto tal decreto está sendo executado no foro, respondo: etc ... – Do Jornal do Commercio, da Capital Federal, de 11 de Março de 1892.

³ O art. 86 da Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 revogou o art. 69 letra a do Decreto. 917.

comissão de finanças do Senado, datado de 30 de Setembro de 1892, relator o eminente Cons. RUY BARBOSA.¹

§ 3º

O problema constitucional da fallencia

Sumario- 12. Exame da questão da doutrina. Impossibilidade de separar na fallencia as disposições de fundo das de forma. – 13. Estudo do elemento histórico da Constituição Federal. – 14. A questão nos Estados Unidos da América. – 15. Na Republica Argentina- 16. Na Suissa. – 17. Na Hespanha.

12. A' União ou aos Estados compete legislar sobre fallencia? Esta questão tem actualmente muita importância.

Os Estados cogitam de organizar códigos de processo civil e criminal, e é conveniente ver até onde chega a sua faculdade neste tema de fallencias.

A Constituição de 24 de Fevereiro deu ao Congresso Nacional a competência privativa de legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica (art. 34 n. 23), deixando aos Estados a organização do processo da sua justiça.²

¹ *Annaes do Senado*, de 1892, vol. V pág, 91 (Sessão de 23 de Setembro.) Este notabilíssimo parecer é digno de ser lido e bem estudado.

² O Cons. COELHO RODRIGUES entende e, a nosso ver, muito rasoavelmente, que a nossa Constituição apenas excluiu da competência federal aquela parte do processo que depende organização judiciária local, reservada á legislatura dos respectivos Estados.

Merecem ser lidas as considerações desse illustrado professor na Exposição de Motivos do seu Projecto do Código Civil Brasileiro, 1893, nº 21 a 24.

Quando se admitta que a Constituição estabeleceu a completa separação entre a lei de fundo ou substantiva e a lei formal ou processual, instituto da fallencia é impossível observá-la.

Com effeito. A fallencia supõe um devedor que não pode honrar os seus compromissos. Procurando proteger o credito, alma do commercio, ella, ao mesmo tempo, propõe-se a realizar o principio básico de direito obrigacional: os bens do devedor são a garantia commun dos credores, salvo as legitimas preferências. E', portanto, a fallencia, em seus traços geraes e predominantes, uma emanção do estatuto processual, um meio extraordinário de *execução*, um *concurso creditorum*, e que a distingue dos meios *ordinarios* de *execução* é o seu caráter de universalidade e unidade, e o processo original em que se desdobra.

Mas d'ahi não se pode concluir a lei de fallencias deva ser de caráter local, entregue á legislatura dos Estados, pois que visa proteger instituições que estão entregues á defesa e vigilância da União; constitue um estado excepcional na ordem jurídica; abrange disposições declaratórias de direitos em relação ao fallido e ás pessoas que com elle contractaram; estabelece normas para a celebração da concordata; regula

As leis do processo civil fazem parte integrante do direito publico de um Estado, taes como as leis civis, commerciaes, criminaes etc. SAVIGNY, Syst. De Droit Romain. I 9). A Constituição Federal não podia ter destruído esta these universalmente aceita na sciencia, tanto quanto no dizer de MANFREDINI: - la proceule civile e il diritto civile sono fra loro strettamente legati como que route d'una medesima machine insieme addentellate, delle quali una noun può muoversi senza dell' altra e senza muovere l' altra. Progr. Del Corso di Diritto Giudiziario, n. 73.

Sobre este thema discorre bellamente MARTINS JUNIOR, (da Faculdade de Direito de Recife): O estatuto processual é uma das fortes condições existenciaes do Direito. As leis do processo estão para o organismo legal de um povo, assim como os órgãos de apprehensão e locomoção estão para o corpo humano. Elles servem deactualisar o que é potencial e abstracto; movimentam e dramatisam as faculdades jurídicas que reposusam latentes no seio da consciência individual. Fragmentos Jurídicos- Philosophicos, Recife, 1891, pág 44.

Será possível admitir que a Constituição Federal, desconhecendo os princípios da sciencia, as licções da pratica, os dictames do bom senso, separasse o que é de impossível divisão: a lei e o modo pratico de sua paralisação?

Consulta-se PAULA BAPTISTA, Proc. Civil, 5 nota 1 e 69.

os direitos dos credores e sua respectiva graduação e disciplina a reabilitação do fallido.¹

Separar o *fundo* da *fórma*, para entregar aquelle á União e esta aos Estados, é demolir a instituição, pois tão entrelaçadas se acham as disposições leaes de um e de outra que reciprocamente se completam, produzindo um só todo compacto e harmônico.

Tirae da lei da fallencia o rito processual, escreve THALLER, e tereis um edifício levantado no ar e sem alicerces.²

Actualmente muito preoccupa os publicistas e governos o problema internacional de fallencias. Procuram-se uniformisar, tanto quanto possível, não só as disposições fundamentaes, mas também muitas relativas á fórma ou ao processo pela influencia que produzem sobre aquellas. Se esta é uma aspiração geral entre as nações, que dizer com aos Estados da federação brasileira, partes integrantes de uma só nação, de um só povo?

Por mais que se leve o exagero da tão falada autonomia dos Estados (existem até partidários da soberania), é preciso attender a que elles mantem entre si estreitissimas relações commerciaes, garantidas pela própria Constituição Federal (art. 7 n. 2º, art. 11 n. 1º, art. 34 n. 5.º).

Se é verdade que as relações de ordem civil se dão ordinariamente entre individuos do mesmo Estado, outro tanto não succede com as de ordem commercial; estas devem ser dominadas por uma legislação de character geral e uniforme. A que ficarão reduzidas as

¹Consulte-se Souza Pinto, na Introdução ao Dicc. De Leisl. Com. Brasileira, vol. 1º pág. VIII.

²*Des Fallites en Droit Comparé*, vol. 1º n. 16.

disposições de fundo de uma lei de fallencia tendo de ser applicadas em vinte Estados por meio de processos- diversos?¹

Temos, pois, fóra de contestação caber privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre fallencias, não só em suas disposições de fundo como de forma ou de applicação, tal a intima união entre ellas.²

Aos Estados sobeja apenas a faculdade de legislar sobre a parte do processo relacionada á organização judiciaria.³

¹ Em notável discurso pronunciado na Camara dos Deputados na sessão de 8 de Outubro de 1897, o illustrado Dr. AMPHILOPHIO DE CARVALHO, que fez parte do Congresso Constituinte e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, analysando a separação entre a lei substantiva e a processual, assim se expressou:

“Não conheço, sr. presidente, em sã consciência o digo, cousa mais repugnante no terreno dos princípios, attentado maior contra a lógica e o pouco que o meu passado de juiz me fez conhecer do assumpto. A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva; naquella se devem reflectir como em um espelho, sem aço entre nós, todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra (Apoiados).

Os S. “*Paranhos Montenegro e Jayme Villas-Boas* dão apartes.

O Sr. Amphilophio. Vou mostrar a V. V. E. E. como esta diversidade de processos, esses typos diferentes de processo, pelo critério de cada Estado, não só constituem uma ameaça permanente contra a unidade da lei substantiva e a uniformidade de pensamento que deve existir entre as duas leis, mas expõem a esphera da lei substantiva a invasões inevitáveis, desastradas da lei processual (Ha diversos apartes).

Pergunto aos nobres deputados, aquelles que estão habituados a manusear livros de direito e têm alguma pratica do foro, como juizes ou advogados: é possível separar as duas leis no assumpto das fallencias? Não, não é; e tanto não é, que na própria - federação norte-americana, onde pertence aos estados federados legislar sobre toda a matéria do direito privado, tem estado a cargo da União e sua justiça este importante assumpto”. (Diário do Congresso Nacional, n. 149, de 10 de Novembro de :1897, pag. 3052).

² Por aviso de 22 de Março de 1891 o Ministério dos Negócios da Justiça declarou ao Governador do Estado do Espirito Santo que, attendendo ao espirito da doutrina, que prevaleceu no Congresso, da unidade da legislação nos termos finaes do art. 34 n. 23 da Constituição Federal, só ao Congresso Nacional competia legislar sobre fallencia e liquidação das sociedades anonymas. (Diário Official, de 23 de Maio de 1891).

³ Estamos em diametral opposição aos illustrados auctores do Projecto do Código do Processo Civil de S. Paulo, Cons. DUARTK DE AZEVEDO e Dr. JOÃO MONTEIRO. Na parte relativa á fallencia o projecto reproduz a maior parte das disposições do Decr. n. 917, que são consideradas como pronessuaes. A que fica reduzida a lei federal sobre fallencias? A definir o que seja fallencia, concordata, moratória, cessão de bens?!

O Decr. 917 contém 156 artigos; destes o Projecto do Codigo do Processo Civil de S. Paulo chamou a si, como contendo materia processual, 112 (arts. 533 a 645). Mais coherente seria considerar logo como processuaes todas as disposições do Decreto n. 917.

13. Alem de ser da essência do instituto a indivisibilidade das disposições do fundo e da fôrma, o elemento histórico vem dar-nos razão.

Na 2.a e 3.a discussão do Projecto da Constituição ficaram trium-phantes as disposições seguintes:

“Art. 33. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

24. Legislar sobre o direito civil, criminal, commercial e processual da Republica.

25. Estabelecer leis uniformes sobre naturalisação e *fallencia*.”¹

Na. discussão da redacção final do . projecto foram offerecidas diversas emendas mandando supprimir as palavras — e fallencia — do n. 25 porque *a attribuição de legislar sobre esta materia já estava eomprehendida no. numero antecedente*²; *por serem redundantes, em vista do vencido sobre a unidade do direito civil, commercial e criminal*³; e assim se venceu afinal.⁴

D'ahi se conclue que estava no espirito do Congresso Constituinte dar á União a competencia, exclusiva de legislar sobre fallencias sem distinguir entre o fundo e a fôrma. Das emendas supra mencionadas deduz-se ainda que o Congresso considerou as leis sobre fallencia como materia pertinente ao direito commercial, como lei substantiva. E assim o é, desde que se observa que a fallencia, entre nos, é um instituto exclusivamente mercantil. Só poderia ser desclassificada

¹ *Annaes da Constituinte*, vol. 3 pags. 147 e 234.

² Emenda de JOSÉ HYGINO e outros. Sessão de 23 de Fevereiro de 1891..

³ Emenda de LEOVIGILDO FILGUEIRAS. Sessão de 23 de. Fevereiro de 1891. *Annaes da Constituinte*, vol. 3 pag. 260.

Veja-se tambem o discurso de JOSÉ HYGINO nessa sessão. *Annaes* pag. 261.(4)

⁴ Sessão de 23 de. Fevereiro de 1891. *Annaes da Constituinte*, vol. 3 pag. 280.

pas-sando para o quadro do direito judiciario se fosse um. meio de execução applicavel tambem aos não commerciantes (n. 23),

14. Não offende a indole do nosso systema político a doutrina que temos expendido.

Outras republicas federativas offerecem valioso argumento e modelo digno de ser imitado.

Nos Estados-Unidos da America do. Norte predomina em materia de codificação o principio federativo da diversidade; cada Estado legisla sobre o seu direito civil, criminal e commercial.

Entretanto a Constituição Federal dá ao Congresso da União o poder de estabelecer leis uniformes sobre fallencias em todos os Estados-Unidos (art. 1.º secc. 8 n. 4).

A Constituição norte-americana não separou a parte fundamental da parte processual; em seu preceito comprehendeu tanto uma como outra.¹

¹ Não obstante a disposição constitucional os Estados Unidos até hoje não conseguiram uniformisar o processo de fallencia. Diversas tentativas têm sido feitas sem resultado.

A 1º pelo act de 4 de Abril de 1800 abrogado pelo act de 19 de Dezembro de 1803.

A 2º pelo act de 19 de Agosto de 1841, lei elaborada, em razão da crise commercial de 1837-1838. Por isso mesmo que era uma lei occasional, terminada a crise e depois de ter servido ao fim transitorio para que fôra promulgada, o act de 3 de Março de 1843 a aboliu. "A jurisprudencia havia então assentado que o direito conferido ao Congresso de fazer leis uniformes sobre a fallencia (*bankruptcy acts*) não prejudicava o direito de os Estados regularem por leis proprias a materia de insolvabilidade (*insolvency*), que o act de 1841 abrangerá.

A 3º tentativa foi feita pelo act de 2 de Março de 1867. Esta lei acormente censurada por não impedir as preferencias fraudulentas, por ter augmentado as despesas do processo e arredado a confiança dos capitalistas tornando receioso o credito, depois de ter passado por diversas reformas, foi totalmente abrogada em 7 de Junho de 1878. *Annuaire de Legisl. Etrang.* 1874, pag. 492; 1875, pag. 684; 1877, pag. 742; 1878, pag. 802.

Os mais auctorizados escriptores de direito constitucional americano entendem que o poder conferido á Constituição para establish uniform, laws on the subject of bankruptcies throughout the United States é meramente facultativo, e, só quando o congresso se abstem de usal-o, os Estados gosam a maior liberdade. Entretanto, a legislação destes deve ceder á lei uniforme que. o congresso vote quando ache justo (COOLEY, *The*

15. Na Republica Argentina ao Congresso Nacional compete organizar os codigos civil, commercial, penal e de mineração (art. 67 n. 11 da Const. Argentina), cabendo ás Provincias a organização dos codigos de processo. Entretanto é exclusiva do Congresso a faculdade de legislar sobre fallencias (art. 67. n. 11), sendo expressamente prohibido ás Provindas *dictar especialmente leys sobre bancarrotas* (art. 108).

Na Republica Argentina tem-se entendido que a attribuição de legislar sobre fallencias por parte da Nação comprehende tanto o fundo como a fórma.

Quem consultar p livro 4.º do Codigo Commercial de 1889 ha de ver que foram ahi contempladas verdadeiras disposições formulares ao art 64 da Constituição Federal dá á Federação a attribuição de legislar sobre fallencias.

A *Comisión de Códigos* da Camara dos Deputados no *Proyecto é Informe* apresentado em Agosto de 1889,¹ depois de estudar a legislação das fallencias sobre o ponto de vista constitucional, occupa-se da separação das regras de fundo das de fórma, exprimindo-se nos seguintes termos:

General Principles of Constitucional Law, ed. 1891, pag. 80; *Constitutional Limitations*, ed. 1890, pag. 29).

A objecção ao systema nacional de fallencias, diz KENT: — “consists in the difficulty of defining, to the satisfaction of every part of the country, the precise class of debtors who can, consistently with the constitutional jurisdiction of Congress over the subject, be made the objects of it; and in the great expense, delay, and litigation which have been found to attend proceedings in bankruptcy; and in the still more grievous abuses and fraud which the system leads to, notwithstanding the vigilance and integrity of those to whom the administration of the law may be committed” Commentaries, on American Law, 14. ed.. vol. 2.º, 391.

¹ Essa comissão era composta dos deputados WENCESLAO ESCALANTE, ESTANISLAO S. ZEBALLOS, BENJAMIN BASUALDO E ERNESTO COLOMBRES.

Devemos agora dar as razões que nos levaram a conservar o systema do codigo vigente em materia de fallencia¹ quando não legisla separadamente sobre tudo quanto se pode considerar de simples processo.

Em primeiro logar, existem tal cohesão e immediatas relações entre as disposições de fundo e as que são reputadas processuaes, que a separação offereceria defeitos capitaes no que se pode chamar a economia da lei.

Com effeito, uma vez estabelecidas as disposições geraes em materia de fallencia, determinados os extremos que a produzem, e os effei-tos jurídicos que de tal estado decorrem para o commerciante, para terceiros e para os actos executados depois da cessação de pagamentos, impõe-se naturalmente uma ordem immediata de disposições que regulamentem os requisitos e as exigencias necessarias á declaração judicial do dito estado, á fôrma dessa declaração, comprehendendo todas as medidas tendentes a arrecadação dos bens, nomeação de um administrador ou syndico etc. etc.

Que razão induziria a trasladar este corpo de disposições a um titulo ou livro especial destinado a tractar do processo da fallencia?

Não é evidente que, a indole desta materia impõe, como condição indispensavel, a successão logica das disposições já de fundo ou de fôrma, já de ambas?

Se, por outro lado, existe sobre alguns pontos tal amalgama entre as disposições de uma e de outra ordem, de modo a não ser possível distinguir o que pertence á cada uma, a que proposito

¹ O primeiro Codigo Commercial Argentino foi publicado pela Província de Buenos-Ayres em 8 de Outubro de 1859. Em 10 de Setembro de 1862 o Congresso Argentino declarou o Codigo Nacional.

O Cod. Commercial vigente foi sancionado pelo Congresso Nacional em 5 de Outubro de 1889 e posto em execução desde 1.º de Maio de 1890. Vide nota 8 á pag. 27.

corresponderia o interesse de legislar separadamente sobre o processo? Não o vemos, quer sob o ponto de vista da harmonia da lei, quer do systema logico e correcto a que deve obedecer”.

16. Na Suissa, onde os Cantões são considerados soberanos, o art. 64 da Constituição dá á Federação a attribuição de legislar sobre fallencias.

A Lei Suissa de 11 de Abril de 1889, publicada em execução áquelle artigo 64, regula hoje *la poursuite pour dettes et la failutel* em toda a Confederação.

Os detalhes da fallencia são nessa lei estabelecidos. Os Cantões têm apenas a faculdade de organizar o processo civil brevíssimo e o processo summario em matéria de opposição ou de requerimento de fallencia, e de dar sancção penal ás disposições da lei federal: art 25 da lei de 1889. Todas as leis que nesse sentido os Cantões publicarem estão ainda sujeitas á approvação do Conselho Federal: art 29 da cit lei.

17. Depois de havermos estudado o problema da unificação do processo da fallencia nas três principaes republicas, cujas leis orgânicas serviram de fonte e modelo ao nosso Pacto Federal, não podemos encerrar esta apreciação sem referirmo-nos á Hespanha, onde, por occa-sião da reforma do Código Commercial de 1829, muito se preocupou o legislador em separar, na matéria de fallencia, as disposições de *fundo* das de *fôrma*.

No Código de 1885 somente tiveram entrada certos preceitos que foram reputados de *fundo*. Muitas disposições das quaes se occupava o Código de 1829 relativas aos actos processuaes antecedentes e consequentes á declaração da fallencia, ao exame, ao reconhecimento e gradação dos créditos e ao processo da qualificação, foram excluídas do Código para fazer parte da lei do processo, *ley de enjuiciamiento*.

Esta separação, que o Codigo Hespanhol pensa ter feito com vantagem, deixa de produzir seus effeitos nocivos, perde toda a importancia e pratica, porque a *ley de enjuiciamiento* é uma só para todo o Reino Hespanhol. O que o Código Commercial não fez, completou a lei processual una e de applicação geral no paiz.

§ 4.º

A insolvencia civil. Ampliação da fallencia aos não commerciantes.

Summario. — 18. A insolvencia civil. — 19. Diferença entre a insolvencia civil e a fallencia. — 20. Injustiça na diversidade do tractamento. dos credores civis e commerciaes. Vantagens da fallencia civil. — 21. Objecção. — 22. Votos da sciencia e tendencia das legislações. Breve resumo dos systemas que se observam na legislação comparada. O projecto do Cod. Civil do Cons. Coelho Rodrigues. — 23. Factos assignalados pelo estudo da legislação comparada sobre fallencias. — 24. A applicação da fallencia aos não commerciantes é um prenuncio da fusão do direito commercial com o civil.

18. Em nosso direito a fallencia é instituição essencialmente commercial. O devedor deve ser commerciante, e mercantil o titulo d'ó divida.¹

¹ Decr. n. 917, art. 1.º § 1.º Dividas civis, só por si, não auctorisam a declaração da fallencia. Cit. Decr. Art. 1.º § 2.º

Na ordem civil não ha instituição identica. Se o devedor não commerciante não pode pagar o que deve, em virtude do seu desequilibrio economico, diz-se insolvel,e a este estado se chama insolvencia. A insolvencia civil não quer dizer cessação de pagamentos, nem a simples impossibilidade de pagar; denota a ruina economica do devedor que se acha em condições de não poder pagar os seus credores *por ser o activo inferior ao passivo*.¹

¹ L. 114 Dig. 50, 16: "Solvendo esse nemo intelligitur, nisi qui solidum potest solvere".

E' esta a doutrina dos escriptores de nota. AUBRY ET. RAU, Droit Civil Français, vol. 6, § 580: "On appelle déconfiture l'état du débiteur non commerçant dont le passif surpasse l'actif, et qui se trouve ainsi dans. l'impossibilité de satisfaire intégralement tous ses créanciers".

LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com. vol. 7, n.36, distinguem entre déconfiture e insolubilité; indicando esta o estado de alguém cujo passivo excede ao activo, aquella o estado de uma pessoa não commerciante que pratica certos actos exteriores que fazem presumir a insolubilidade.

LOMONACO, Delle Obbligazioni, vol. 1.º § 109: "Dicesi non solvenza lo stato di un debitore non commerciante, il cui attivo é superato dal passivo, e che quindi se trova nella impossibilità di soddisfare i suoi creditori".

PEREIRA E SOUZA, Dica. Juridico, verb. Insolvel: "Insolvel se diz todo o devedor cujos bens não bastam para pagar as suas dividas; a insolubilidade é o estado de um tal devedor".

O Cod. Civil Portuguez dispõe no art. 1036: "Dá-se insolvencia quando a somma dos bens e creditos do devedor, estimados no justo valor, não eguala a somma das suas dividas".

Quando se discutiu na Camara dos Deputados a lei das sociedades anonymas de 4 de Novembro de 1882, disse o Cons. LAFAYETTE, na sessão de 12 de Junho desse anno: "O honrado senador (o Cons. José Bonifacio) perguntou primeiramente se as palavras do artigo insolubilidade e cessação de' pagamentos significam uma só e mesma idéa, ou idéas differentes....O orador explica que aquellas expressões significam cousas distinctas. Dá-se insolubilidade quando o passivo é superior ao activo; mas a insolubilidade por si só não traz cessção de pagamentos, podendo acontecer que a sociedade embora, tendo passivo superior ao activo, possa, pelo seu credito e por meio de recursos e operações bem combinados, continuar a effectuar seus pagamentos. E, por outro lado, não se dando o caso de insolubilidade, isto é, não sendo o passivo superior ao activo, pode comtudo secceder que, em consequência de crises ou de outro embaraços, a sociedade se veja obrigada a não fazer seus pagamentos. Em direito commercial, na primeira hypothese não há, e na segunda há fallencia. (Annaes, 1882, vol. 1, 1pag. 273).

- O Decr. N. 917 querendo talvez deixar bem certo que só dispunha relativamente ao devedor commerciante, deu, no art. 140, uma definição alem de errônea, confusa e contraria as regras da lógica.

Reputam-se *insolvaveis*, diz o cti. Art., os devedores por titulo civil, no campo de cessação de pagamentos ou de insolvência, A cessação de pagamentos nunca constituiu por si só a insolvência; basta attender a que se pode cessar pagamentos por aspectos momentaneos ou embaraços accidentais, independentemente da superioridade do activo sobre o passivo. Que a insolvência constitui insolvel o devedor, não há duvida, mas uma definição nesses termos é um ciclo vicioso.

A lei civil, porém, não definiu este estado, nem estabeleceu normas que o regulamentassem.¹

Note-se que *insolvencia* e *insolvavel* não são termos privativos da legislação civil, como fallencia e fallido são da legislação commercial; o commerciante e o não oommerciante podem se achar impossibilitados de pagar o que devem, em virtude do desequilibrio operado entre o valor de seus bens, seu patrimonio, e a somma dos seus debitos.²

A insolvência, na ordem commercial, não se confunde em seu conceito ceito e effeitos com a fallencia; esta pode, é verdade, proceder daquella mas nasce tambem gerada por outras causas.³ Vide n. 39.

19. A *fallencia* na esphera commercial, é determinada por factos certos, positivos e definidos em lei; a insolvencia civil não tem signaes exteriores que a caracterisem. Na execução civil, quando muitas vezes o credor já está exausto de alimentar uma longa demanda, por ocasião da penhora, é que reconhece o estado economico do devedor;

¹ Ao devedor insolúvel permitia a Ord. Do Liv. 4°. Tit. 74, para evitar a prisão a que estava sujeito, a cessão de bens, isto é, eprensentar aos seus credores a exposição e inventários de todos os seus bens e dividas justificando a sua boa fé, e que ao tempo em que as contrahiu, tinha ainda suficientes bens, que depois perdeu sem culpa

Este remédio cessou depois que a lei de 20 de junho de 1774 19 e o Assento de 18 de Agosto do mesmo anno, prohibiram a prisão dos devedores insolúveis. Vejam-se Coelho da Rocha, Dir. Civ., vol 1°. Nota ao 170; TEIXEIRA DE FREITAS Consol. Das Leis Civis, nota 7 art. 436 e nota 24 ao art. 839. Em contrario pensam CANDIDO MENDES, Código Philipino, notas á Ord. Do Liv. 4.. tit. 74 (pág. 885 a 888); e CLOVIS, Dir. das Obrigações.

O pagamento em curso, na forma determinada no Regl. N. 737, arts 605 a 638, é acto de execução e não propriamente o concurso de credores análogo ao que estabelece a fallencia.

² O Cód. Com., no art. 475, fala da insolvência do armador no navio, no art. 687 da insolvência do segurador.

No Decr. n. 434 de 4 de Julhor de 1891, encontra-se no art. 148 n. 3: as sociedades anonymas se dissolvem por insolvabilidade; no artg 167 n. 1 : a liquidação forçada das sociedades anonymas pode ser declarada no caso de insolvabilidade; no art. 114: no caso de insolvabilidade da sociedade, os accionistas que houverem recebido dividendos não devidos, serão subsidiariamente obrigados a restitui-los etc.

O próprio Decr. n. 917 admite possibilidade de achar-se commerciante em estado de insolvência. Tractando da concessão da moratória, exige, no art. 107, como requisito essencial: não se achar o commerciante em estado de insolvência, tendo fudnos bastantes para pagar a todos os credores de principal e juros mediante alguma espera.

³ Decr. n. 917, art. 1.º pr. e § 1.º

outras vezes, vê aberto o concurso de preferencia, achando-se mallogrado, depois de ter facilitado o caminho a outros.

Assim pois, enquanto a fallencia é uma instituição de direito que tem condições próprias para a sua existencia, a insolvencia civil não é mais que um simples facto.

A *fallencia* só existe legalmente, em virtude de uma sentença judicial que a declara, que a torna publica, que abrange, nivela e protege todos os credores *etiam dormientes*; repousa sobre uma associação, um syndicato, com administração propria nomeada pelos interessados. A *insolvencia civil*, como simples facto que é, não exige declaração solemne; manifestada, cada credor tracta de seus interesses, obra por conta propria, sendo o caso do *jura vigilantibus subveniunt*. O credor vigilante é o que mais direitos tem.

A *fallencia* produz importantes efeitos já relativamente á pessoa do devedor já ás de terceiros; da *insolvencia civil* nenhum ,efeito jurídico decorre.

20. Injusta, entretanto, a differença no tractamento dessas duas qualidades de devedores. Os bens do devedor constituem o penhor commum dos credores: tal é a forma definitiva com que nas nações civilisadas se assegura o cumprimento das obrigações.

Se na esphera commercial tem este principio realisação pratica, dando-se a *fallencia* como remedio efficaz, porque esquecel-o na esphera civil?

O devedor civil, no estado de nossa legislação, pode desviar bens, fraudar credores; a questão é de destreza, arte e geito.¹ O processo

¹ O Cod. Penal pune o devedor não commerciante que se constituir em insolvencia, occultando ou alheando maliciosamente seus bens, ou simulando dividas em fraude de seus credores legitimo" (Art. 337).

Disposição sem applicação pratica. Se já é penoso ao credor promover uma acção civil, que dizer da acção criminal? Prisão não paga dividas.

commum, longo e custoso, dá tempo para tudo. A *acção pauliana*, unica barreira que se lhe antepõe, tambem vagarosa, desanima o credor e é mesmo insufficiente.

O arresto, que o estatuto processual faculta, acha-se, por sua vez, cercado de tantas exigencias e formalidades que de ordinario não pode ser utilizado.

No civil não existe a detenção pessoal; foi retirada sem compensação para o credor, que fica desarmado ante a astucia e a fraude do devedor velhaco.

O devedor; se malbaratou a fortuna alheia, evita as consequencias da sua culpa, vae gosar vida folgada com o fructo da fraude; se é honesto e infeliz, não se pode salvar do naufragio, tem seu futuro comprometido com os credores!

Todos os dias accentua-se a necessidade da fallencia civil nos embaraçosos inventarios do devedor. Convertem-se estes processos divisorios em verdadeiras liquidações, sem ordem, sem o menor criterio director, redundando em prejuizo total dos credores e herdeiros.

21. Serias objecções não têm faltado contra a fallencia civil. Diz-se que o credito é a alma do commercio, e a fallencia é a garantia e defeza do credito. O particular não especula não necessita de credito e os seus credores não são tão numerosos como os do commerciante. Receiam-se os abusos, acha-se perigo em conceder aos devedores civis a concordata, esta obra de perdão e de paz, sob o fundamento de que as operações dos não commerciantes independem de imprevistas eventualidades.

O credito não constitue privilegio do commerciante. O não commerciante recorre hoje frequentemente á especulação, ao credito e á outras fontes de riqueza. A agricultura, por exemplo, não se pode desenvolver sem o credito, e ahi estão diversas leis amparando o credito agricola.

Não é também o numero de credores que aconselha a facilidade da liquidação. Qual o inconveniente em admittir-se a concordata civil? Na concessão desta medida os credores attendem exclusivamente a seus proprios interesses, e, se acham-na vantajosa, que razão social superior áquelles interesses impõe a sua prohibição?¹

Quanto aos allegados abusos, provam elles de mais. Nenhuma instituição tem dado entrada a maiores abusos do que a propria fallencia commercial.

22. Não deixam de ser respeitaveis os votos da sciencia, representada pelos seus mais notaveis cultores,² e é digna de ser apreciada a tendencia das legislações em ampliar o instituto da fallencia aos devedores não commerciantes.

Nos dominios da legislação comparada encontramos dois systemas: o restrictivo e o ampliativo.³

Para o primeiro a fallencia é um instituto exclusivamente mercantil; o estado de fallencia é peculiar ao commerciante. Seguem-no a

¹ GUARIGLIA, *IL Concordato*, n. 3.

— Nos paizes em que a fallencia se amplia aos não commerciantes, a concordata permite-se a estes. Abre excepção á esta regra a Austria, onde a concordata só é admittida para o commerciante (Lei de 1868, art.º 207).

² VIDARI, *Corso*, vol. 8 ns. 7630. a 7633; THALLER, *Des Faillites en Droit Comparé* vol. 1.º ns. 27 a 49; LYON-CAEN. & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7 ns. 37 bis e 37 ter; LUCIANI, *Del Fallimento* ns. 112 a 128.

³ Não é possível reunir em typos geraes as leis sobre fallencias. DALLOZ no. Suppl. au Repert., verb. Faillite, ns. 6 e segs., seguindo THALLER (obra cit. vol. 1 n. 17) as classifica em tres typos: o francez, o germanico e o anglo-saxonio. Mas, entre as proprias leis comprehendidas em qualquer desses typos, as divergencias são tão profundas que tiram todo o valor á classificação. A proposito escreve JITTA, *La Codification du Droit Intern. de la Faillite*, pag. 3: "L'institution de la faillite, dans un pays déterminé, reçoit d'ailleurs l'empreinte de toutes les particularités, qui forment l'individualité juridique de ce pays. La faillite, en effet, le concursus creditorum, est la lice où viennent s'entrechoquer tous les droits patrimoniaux d'une législation. Le caractère, de cette lutte, lutte pour la vie ou du moins pour le bien-être, est déterminé par toutes les nuances du droit patrimonial, et les lois, qui règlent l'intervention de l'autorité publique dans la lutte, subissent nécessairement l'influence du milieu où cette intervention est appelée à se produire."

França,¹ a Belgica,² a Italia,³ Portugal,⁴ a Roumania,⁵ e toda a America do Sul.⁶

Para o segundo o não commerciante também incide em fallencia. Dividem-se, porém, em dois grandes grupos as legislações que seguem este systema. Em um nota-se a regulamentação idêntica, isto é, unidade de regras sobre a fallencia dos commerciantes e não commerciantes, e ahi estão a Alemanha,⁷ a Inglaterra,⁸ a Escócia,¹ a

¹ *Legislação franceza*: — Lei de 28 de Maio de. 1838, incorporada ao Cod. Com. comprehendendo os arts. 437. a 614 (quando citarmos qualquer destes artigos referimo-nos á reforma de 1838); Lei de 17 de Junho de 1856 sobre a concordata por abandono; Lei de 12 de Fevereiro de 1872 que modificou os arts. 450 e 550 do Cod. Com.; Lei de 4 de Março de 1889 e 4 de Abril de 1890 sobre liquidação judicial.

² *Legislação belga*: — Lei de 18 de Abril de 1851, que, como a lei franceza de 1838, foi incorporada ao Livro III do Cod. Com. comprehendendo os arts.437 a 614; Lei de 20 de Junho de 1883 que estabeleceu a concordata preventiva, como medida de experiencia, até que se tornou definitiva pela Lei de 29 de Junho de 1887.

³ *Legislação italiana*: — Cod. Com. de 1882, arts. 683 a 867.

⁴ *Legislação portugueza*: — Cod. Com. de 1888, arts. 692 a 749.

⁵ *Legislação roumaica*: — Lei de 20 de Junho de 1895.

⁶ *Legislação dos principaes paizes da America do Sul*: — Brazil, Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890: *Republica Argentina*, Cod. Com. de 1889, que entrou em vigor a 1 de Maio de 1890, arts. 1379 a 1611. A Lei de 6 de Outubro de 1890 modificou o inciso 6.º do art. 1396; a de 30 de Agosto de 1891 os arts. 1567 e 1568, e a de 1.º de Setembro de 1892 o art. 1592 sobre moratorias. *Chile*, Cod. Com. de 1865, arts. 1325 a 1533.

⁷ *Legislação allemã*: - Lei do concurso(Konkursordnung) de 10 de Fevereiro de 1877. E' a legislação que mais completamente equiparou os commerciantes aos não commerciantes.

A organização do Código Civil Tedesco determinou diversas alterações na lei de 1877, que desde o anno de 1879 está em vigor. Em 26 de Janeiro de 1898 foi apresentada ao Reichstag o projeto de modificação. Nos Annales de Droit Commercial, 1898, pág. 333 vem o extracto desse projecto.

⁸ *Legislação Ingleza*: - The Bankruptcy Act, 1883, com as seguintes modificações: do art. 104 pelo The Bankruptcy Appeals (Count Courts) Act, 1884, do art. 40, al. 1 e 2, pelo Preferential Payments in Bankruptcy Act, 1888; de diversos outros artigos, pelo Bankruptcy Act, 1890.

- O primeiro act sobre fallencia foi de 1542, 34º e 35º anno de HENRIQUE VIII, quando o commercio, diz BLACKSTONE (Liv. II, C. XXXI), começou a ser effectivamente exercitado na Inglaterra. BLACKSTONE ainda nos informa que a legislação ingleza se inspirou no Direito Romano. Não no Direito das Doze Tabuas nem no Direito da Republica, porém nas Leis de Imperadores Christãos relativas ás cessão dos bens.

Irlanda,² a Suíça,³ a Holanda,⁴ o Japão,⁵ e os Estados Unidos da América.⁵

Em outro, a regulamentação *paralela*, isto é, dois regulamentos, um para a ordem civil e outro para a commercial. A este grupo pertencem a Hespanha,⁶ a Austria,⁷ a Hungria,⁸ a Suecia,¹ a Noruega,² a Russia³ e a Dinamarca.⁴

Outro act. Do 13°. Anno de ISABEL, em 1570, modificou consisderavelmente o act de HENRIQUE VIII. A legislação sobre fallencias era então privativa do commercio.

Pelo act de 1861, (24 & 25) Vict. c. 134), é que o Parlamento sujeitou também os não commerciantes á fallencia, haviam, porém, disposições especiaes para uns e outros. A equiparação completa foi feita pelo act de 1883. O Act de 1861, conquanto applicasse a fallencia também aos não commerciantes, estabelecia regras diferentes applicaveis ás fallencias destas duas classes de pessoas, e em um de seus anexos enumerava as profissões commerciaes para os effeitos legais.

Para maiores detalhes consultem-se:

ROBSON'S *Treatise on the Law of Bankruptcy*, ed. 1894, pag 1 a 22, e BALDWIN'S *Treatise upon the Law of Bankruptcy*, ed. 1895, pag. 1 a 6.

¹ *Legislação escocesa*: - A lei fundamental é de 1856. em 1880. 1881 e annos posteriores o Parlamnetos inglez votou outras leis.

² *Legislação Irlandeza*: Leis de 25 de agosto de 1857 (*Irish Brankuptey and Insolvent act, 1857*), de 6 de agosto de 1872 (*Brankuptey (Island) amendment Act, 1872*) de 30 de agosto de 1889 (*Preferential Payments in Brankuptey (Island) Act, 1889*).

³ *Legislação Suíça*: - Loi Fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, de 11 de Abril de 1889. Na Suíça é ampla a fallencia, mas somente podem set declarados fallidos aqueles que tiverem o nome inscripto no resgistro do commercio. Este registro é obrigatório para os commerciantes e facultativo para os não commerciantes.

O systema suíço, dizem BRUSTLEIN ET RAMBERT (Comm. De la loi fé^d. Sur la tours. Pour dettes et la faillite, pag. 43), é um sistema de transação, inspirado no direito francez.

⁴ *Legislação Hollandeza*: - A Lei de 30 de Setembro de 1893 (que revogou as sisposições sobre fallencias contidas no Cód. Com. De 1838) amplia a fallencia aos não commerciantes e a considera uma penhora legal de todo o patrimonio do devedor. Vide analyse desta lei por A MULDER, no Annuaire de Legisl. Etrang., 1894, pág 400.

⁵ Bulletin Mensuel de la Societé de Legisl. Comp., Março 1898, Pag. 184.

⁶ *Legislação hespanhola*: — O Cod. Com. Hespanhol de 1885, em vigor desde 1.º de Janeiro de 1886, tracta das quebras dos commerciantes; a Lei do Processo Civil (Ley de Enjuiciamiento Civil) tracta do Concurso de acredores (arts. 1130 a 1317), verdadeira fallencia civil.

⁷ *Legislação austriaca*: — Leis de 25 de Dezembro de 1868 e de 16 de Março de 1884.

⁸ *Legislação hungara*: — Lei de 30 de Março de 1881, que forma um pequeno codigo de fallencias.

Nos paizes mesmo, em que prepondera o systema restrictivo, a idéa da applicabilidade da fallencia aos não commerciantes tem caminhado muito.

Na Italia, quando se tractou do actual Codice do Commercio, a comissão organisadora do projecto reconheceu a vantagem da ampliação do conceito da fallencia a todos os devedores, mas achou-se sem poderes para propor a reforma porque o seu mandato se limitava á revisão da legislação commercial. Entretanto manifestou o desejo "*che non sia lontano il momento, in cui l'attenzione del potere competente possa essere rivolta anche a trovare modo di riparare all'accennata lacuna*". Voltou a questão ao seio da comissão revisora da Camara dos Deputados e adiou-se a solução, pois, como se lê na Relazione MANCINI-PASQUALI: *dovrebbe trovare più opportuna sede in una revisione del codice civile e di quello di procedura civile*.

Em 1894 e 1895 appareceu de novo a discussão na comissão organisadora do projecto de concordata preventiva. BOLAFFIO advogou com ardor a fallencia civil, mas a maioria entendeu que não era opportuno o momento.

Na França, em 1879, é enfrentado o problema, por ocasião da lei sobre liquidação judiciaria. Os projectos de SAINT-MARTIN e outros, os de RICHARD, WADDINGTON. e DAUTRESME não resistiram á opposição de COURCELLE-SENEUIL e LAROZE. *La réforme, diziam estes, amenerait une quantité d'autres modificationis qu' on ne peut introduire dans la loi des faillites*.

¹ *Legislação sueca*: — Lei de 18 de Setembro de 1862, com algumas modificações em 1870, 1882, 1883 e 1885.

² *Legislação noruega*: — Leis de 6 de Junho de 1863 e 3 de Junho de 1874.

³ *Legislação russa*: — Lei de 9 de Novembro de 1868; Codice do Proc. Civil de 1864; Lei Geral de 1832.

⁴ *Legislação dinamarqueza*: — Lei de 25 de Março de 1872.

As leis de 2 de Junho de 1893 e 1 de Agosto do mesmo anno assimilaram quasi por completo as sociedades civis e commerciaes quanto á fallencia.

Em Portugal a questão foi examinada quando se preparou o Codigo Commercial de. 1888. Como na Italia foi reservada para quando se procedesse á revisão do codigo do processo civil.

Entre nós o problema é actual. O Projecto do Codigo Civil do Cons. COELHO RODRIGUES (arts. 1271 a 1322) estabelece a fallencia para o não commerciante sob o nome de Insolvencia. Esta pode ser verificada por declaração do proprio devedor em juizo ou em virtude de requerimento de credores, justificando estes a existencia de casos certos e. taxativos. O insolvente, equiparado ao prodigo e sujeito a um curador, fica privado da administração dos bens; estes formam uma massa, que é liquidada por um administrador.

O Projecto admite tambem a cessão de bens como meio de prevenir a declaração da insolvencia.

23. O estudo daquelles systemas legislativos sobre fallencias e as successivas mudanças que cada paiz experimenta neste ramo do seu direito, deixam assignalado:

1.º Que aos poucos se vae operando um interessante phenomeno: em sua origem a fallencia applicada a todos os devedores, na idade “media” passa a ser instituição exclusivamente mercantil (n. 4), e nos tempos modernos tende a voltar á unidade observada em suas fontes.

2.º Que realisada a assimilação completa dos commerciantes e não commerciantes para os efeitos da fallencia, as normas legais reguladoras deste instituto se . desligam do quadro do direito commercial

para se incorporar ao direito judiciario na parte relativa ao processo da execução.¹

3.º Que as leis sobre fallencia, tendo em sua origem um character repressivo claramente accentuado,² vão recebendo profundas attenuações em seus rigores devido á multiplas circumstancias, chegando até a facultar os meios de o devedor conjural-a³.

24. Na ampliação da fallencia aos não commerciantes, não se ve um prenuncio da fusão do direito commercial com o civil?

Profunda verdade escreveu MASSÉ, no prefacio de seu bom livro: *".... le droit commercial, à raison de la mobilisation toujours croissante de la richesse, tend à cesser d'être le droit des commerçants pour devenir le droit de tout le monde...."*⁴

GIUSEPPE CARLE, apreciando esta these, considera,: com feliz inspiração, o direito civil representando o mesmo, papel que o jus gentium

¹ Na Allemanha a lei das fallencias, abrangendo commerciantes e não commerciantes, é uma lei processual: faz parte integrante do aparelho judiciario.

O mesmo se dá com as leis ampliativas da fallencia, e ultimamente a Hollanda, na recente lei de. 1893, retirou toda a materia de fallencias do Codigo Commercial.

Recentemente o Japão, que organisou o seu Codigo Commercial sob a inspiração das idéas allemãs, ampliou a fallencia á matéria civil e fez de suas disposições uma lei ou pequeno codigo á parte. Vide a comunicação de M. TOMII á Sociedade de Legislação Comparada de Paris" no Bulletin Mensuel de la Société de Legisl. Comp. Março 1898, pag. 184).

² No Direito Romano a fallencia traz a nota de infamia (n. 1). No sentir dos primeiros commercialistas — *Falliti sunt infames et infamissimi* (Baldo). Em França as primeiras leis são terriveis contra os bancarroteiros. Em Portugal, os que por dolo mau se levantavam com fazenda alheia, ficavam sujeitos: se o valor excedesse a 100 cruzados á pena de morte e ao confisco dos bens, metade para captivos e metade para o accusador; de menos de 100 cruzados e mais de 50, ao degredo para o Brazil por 8 annos; de menos de 50 ao degredo a arbítrio (Ord. Liv. 5.º tit. .66; alv. de 13 de Nov. de 17.56 e outros; PEREIRA E SOUZA, Classes dos Crimes, pag. 335).

Ainda contemporaneamente dizia o VISCONDE DE CAYRÚ (Princípios de Dir. Merc., Trat. setimo, cap. XV:) "Fallimento... suppõe... alteração... na reputação do commerciante, constituindo-o no descredito..."

³ A Belgica, a França e o Brazil, com as concordatas preventivas, as liquidações judiarias, meios preventivos da fallencia, são exemplos frisantes.

⁴ *Le Droit Com.*, Preface, pag. VII. Lede ESTASÉN, Instit. de Derecho Mercantil, vol. 7 n. 5; CIMBALI, *La Nuova Fase del Diritto Civile*; DIDIMO, Cod. Com. Braz., Introducção.

desempenhou em frente ao direito primitivo dos romanos. Do mesmo modo que o *jus gentium*, escreve CARLE, começou a desenvolver-se ao lado do *jus civile*, a formar um direito separado applicavel ás relações jurídicas entre estrangeiros, e depois entrou a innovar e acabou transformando inteiramente o direito, civil, assim tambem o direito commercial surge em virtude de necessidade e exigencias do commercio em tempos nos quaes eram excessivas as cautelas e subtilezas do direito civil, e enquanto os commerciantes, afastados de qualquer outra preocupação, creavam, ao. lado do direito civil, uma legislação de origem essencialmente consuetudinaria, inspirada em novos principios.¹

O caracteristico dos tempos modernos e o mercantilismo e o industrialismo; o direito commercial vae triumphando sobre o direito civil e transformando-o mesmo em muitas partes. As normas sobre materia cambial não supportam distincção entre a pessoa commerciante e a não commerciante; as regras do direito marítimo impoem-se a uma e a outra; os contractos a que chamaremos mixtos, por serem celebrados entre commerciante e não commerciante, são hoje unicamente sujeitos a lei commercial.

O credito agrícola almeja ser disciplinado pelos princípios do credito commercial;² a insolvencia civil tendo a equiparar-se á fallencia commercial.

Entre nós respeitaveis auctoridades, á frente delias o grande TEIXEIRA DE FREITAS, têm-se levantado em defesa da unificação do direito privado³.

¹ La Dottrina Juridica del Fallimento nel Diritto Privato Internazionale, pag. 25 nota 1.

² Vide Decr. n. 165 de 17 de Janeiro de 1890 e sua Exposição de motivos, no *Diario Official* de 18 do mesmo mez e anno.

³ A idéa da unificação do nosso direito privado não é nova. Em 10 de Janeiro de 1859 o Governo Imperial contractou com o eximio TEIXEIRA DE FREITAS a redacção do projecto do Codice Civil, promettido pela Constituição da Monarchia.

Parece ter muita razão D. PEDRO ESTASÉN quando affirma convic-tamente: o direito commercial será o direito de amanhã, o direito de um proximo porvir, será o direito fundamental, o direito que dará a norma aos demais, o direito da intelligencia e do trabalho.³

§ 5º

A fallencia remedio preventivo de prejuizos e meio extraordinario de execução. Seu rito processual.

Summario. — 25. A fallencia é remedio preventivo de prejuizos e ao mesmo tempo

Oito annos depois este jurisconsulto propunha novo plano para o trabalho da Codificação com o fito de estabelecer-se a unidade da legislação.

Na Exposição que ao governo apresentou dizia o sabio mestre:

Não ha typo para essa , arbitraria separação de Leis, a que deu-se o nome de Direito Commercial ou Codigo Commercial; pois que todos os actos da vida juridica, exceptuados os beneficios, podem ser commerciaes, ou não commerciaes, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniario, como outra satisfação da existencia.

Não ha mesmo alguma razão de ser para tal selecção de Leis; pois que em todo o decurso dos trabalhos de um Codigo Civil apparecem raros casos, em que seja de mister distinguir o fim commereial dos actos, por motivo da diversidade nos efeitos juridicos.

Entretanto, a inercia das legislações, ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações juridicas, formou lentamente um grande deposito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser Leis de excepção, e que de Leis passaram a ser Codigos, com seus tribunaes de jurisdicção restricta e improrogavel. Bis a historia do Direito Commercial! Eis falsificada a instrucção juridica, e aturdidos os espiritos com a frivola anatomia dos actos até extrahir-lhes das entranhas o delicado criterio! CAROATÁ, Imperiaes Resoluções do Conselho do Estado, vol. 2.º pag. 1383.

A Secção de Justiça do Conselho de Estado, ouvida sobre o novo plano, opinou pela acceitação da proposta de TEIXEIRA DE FREITAS, no sentido de serem organisados dois Codigos, um geral e outro civil, comprehendendo-se nelles toda a materia commercial. “A codificação proposta, disse a Secção, na sua consulta que traz a data de 1.º de Julho de 1868, e vem assignada por NABUCO, TORRES HOMEM e JEQUITINHONHA, — a codificação proposta é uma cousa nova.. Mas, na legislação como na sciencia, as idéas por novas não devem ser repellidas in limine, mas pensadas e estudadas”. CAROATÁ, obr. cit. pag. 1387.

O Cons. COELHO RODRIGUES, na Exposição de Motivos do seu Projecto de Codigo Civil, n. 2,0, escreve:

“A materia do codigo commercial é a mesma do civil salvo algumas excepções em favor de uma classe, cuja importancia não se pode negar, mas cujos privilegios, em numero capaz de constituir uma legislação á parte, estou muito longe de reconhecer sob um regimen democratico republicano; porque o maior beneficio da verdadeira democracia é o direito commum, isto é, a egualdade perante a lei.”

³ Instit. De Derecho Mercantil, vol.7, n. 5.

meio extraordinario de execução. — 26. Seu processo especial. — 27. Os. dois periodos ou phases deste processo. — 28. O processo; criminal contra o fallido e seus cumplices. — 29. As regras do processo commum subsidiarias do processo commercial da fallencia. — 30. Preceitos peculiares ao juizo da fallencia. — 31. Despezas com o processo. — 32. Pequenas fallencias, suas formulas.

25. A fallencia apresenta um duplo aspecto.

E' um remedio preventivo de prejuízos, uma medida conservatoria.¹ Por um lado. obsta a dissipação do patrimonio do devedor em prejuízo de seus legítimos credores; por outro torna igual a sorte de todos os credores evitando que uns se avantejem a outros. Este caracter preventivo da fallencia está bem accentuado na disposição do art. 1.º § 1.º, do Decr. n. 917.

E', ao mesmo tempo, como deixamos dito no n. 12, um remedio extraordinario de execução contra o devedor impossibilitado de pagar a seus credores, instituido, por nosso direito, em beneficio exclusivo do commercio.²

¹ E' o que dizia o Direito - Romano na expressão: *missio in possessionem rei servanda causa* (N I).
MASSÉ, *Le Droit Com.*, vol. 4 n. 2686, assignala bem esse caracter preventivo da fallencia.

² "A fallencia importa em execução conjuncta dos credores sobre os bens do fallido." Ac. da Relação do Rio, de 10 de Março de 1885, n' O Direito, vo\, 38 pag. 409.
VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7695: "Il fallimento è una esecuzione generale sui beni del debitore fallito a vantaggio di tutti i creditori commerciali e civili".
LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7, n. 2: "Les dispositions légales concernant les faillites et les banqueroutes ainsi que la liquidation judiciaire forment une partie de la législation relative aux voies d'exécution et aux moyens divers autorisés contre les débiteurs qui ne paient pas leurs dettes".

26. Para realizar praticamente esta execução collectiva o Decr. n. 917 estabelece o rito para a sua provocação, desenvolvimento e fim, isto é, determina o processo do juizo da fallencia, em disposições presas á materia de fundo pela necessidade, de manter a estructura organica da instituição e os laços de cohesão logica.

Na fallencia acham-se envolvidos importantíssimos interessés que dizem respeito á sociedade e á ordem publica; aos ausentes e incapazes jurídicos, á minoria dos proprios credores em conflicto com as pretenções injustas da maioria.

D'ahi a intervenção directa do juiz e do ministério publico, sem prejuízo de o fallido exercer a defesa de seus direitos e interesses.

Tracta-se, pois, de um processo excepcional, especialissimo, e ao seu desdobramento teremos de acompanhar no curso deste livro.

27. Dois periodos perfeitamente distinctos apresenta o processo da fallencia: o *período preparatorio* e o *período de liquidação*. Separa- os a reunião de credores de que tracta o art. 38 do Decr. n. 917. No *período preparatorio*, de *informação* ou de *instrucção*, verificam-se as forças da fallencia, o seu activo e passivo. Aberta a fallencia acham-se os credores deante do desconhecido, sem elementos promptos que os habilitem a tomar as deliberações precisas 'para garantirem e regularem os seus interesses. Estes elementos pesquisam-se no periodo de instrucção, durante o qual os órgãos da fallencia arrecadam os bens, levantam o balanço, preparam o inventario e procedem ao exame dos livros. Este primeiro periodo é essencial, e soluções importantes podem fazer com que se termine ahi a fallencia.

GALDI, Com. del Codice di Proced. Civile del Regno d'Italia, vol. 7, n. 208: "*I fallimenti sono una specie di esecuzione sui beni del fallito*".

Desde o Direito Romano a fallencia vem sob este aspecto. A bonorum venditio, que era precedida da missio in bona, constituía um dos meios de execução judicial.

Consultem-se Mattiolo, Dir. Giud. Civile, vol. 5 n. 440, e BOLAFFIO, no II Cod. di Com. Ital. Com. vol. 1.º pag. 408.

No *período de liquidação* ou de *realização*, a fallencia apresenta uma phase mais aggressiva do que no primeiro, uma phase verdadeiramente aguda. Na expressão de THALLER, da attitude expectante tem passado ao estado militante.¹ Procura-se então liquidar o activo, rea-lisar valores e fazer a partilha do producto entre os credores. Para este fim constitue-se o chamado contracto de união,

28. Paralelamente a, este processo, que o Decr. n. 917 chama commercial, desdobra-se um outro, o *criminal*,² onde se apura a responsabilidade penal do fallido e dos seus cumplices. Seguindo vida independente, e correndo em auto apartado, este processo é em sua marcha disciplinado pelas regras do Codigo do Processo Criminal com as pequenas modificações feitas pelo Decr. n. 917. Na Parte Terceira deste livro estudaremos este assumpto.

29. As disposições do processo commum são subsidiarias do processo commercial da fallencia; podem ser invocadas para supprir os claros e trazer luz ás obscuridades e lacunas do Decr. n. 917, por ex: o modo pratico das citações, os prazos para interposição e seguimento dos recursos, etc. etc.³

30. Como preceitos peculiares ao juizo da fallencia, o Decr. n.917 estabelece os seguintes:

1.º O processo das fallencias prefere na ordem dos feitos a todos os outros do juizo commercial⁴.

¹ Des Faillites en Droit Comparé, vol. 2 n. 174

² Decr. n. 917, art. 77

³ O Tribunal de Justiça de S. Paulo, por ac. de. 6 de Dezembro de 1895 decidiu que “os casos de agravo cogitados no Decr. n. 917 não são taxativos, devendo-se entender que não foi excluido o caso commum da irreparabilidade do damno”. Revista Mensal, vol. 2, pag. 98.

⁴ Decr. n. 917, art. 146.

2.º Este processo não tem férias, salvo os domingos e dias de festa nacional.¹

3.º Todos os prazos correm em cartorio, independentemente de accusação e lançamento em audiencia, e são fataes e improrogaveis.²

4.º Só por motivo extraordinario, e convindo os credores, poderá ser adiada qualquer reunião convocada; funcçionará, qualquer que seja, o numero de presentes, e, salvo os casos expressos, a, decisão da maioria dos presentes obrigará os ausentes.³

5.º De toda e qualquer reunião de credores lavrará o escrivão do feito acta circunstanciada, que será assignada pelo juiz, pelo fallido e pelos credores que quizerem.⁴

31. Uma das maiores queixas contra o antigo processo da fallencia era o avultado, dispendio que exigia (ns. 6 e 7). O Decr. n. 917 procurou remedial-a determinando que as custas fossem contadas na nrazão de dois terços das taxas marcadas no Decr.n. 5737 de 2 de Setembro de, 1874, (regimento de custas então vigente), e que nada percebesse o escrivão pelas cartas de intimação e avisos telegraphicos e telephonicos (art. 147).⁵ Infelizmente essa sabia disposição não tem sido acolhida nos regimentos de custas judicarias, que os Estados têm

¹ Decr. n. 917, art. 146.

² Decr. n. 917, art. 143.

³ Decr. n. 917, art. 144; Cod. Com., art. 844.

⁴ Decr. n. 917, art. 145.

⁵ O exagero das despesas do processo das fallencias concorreu muito nos Estados Unidos da America do Norte para a desmoralisação das leis federaes sobre esta materia. Um candidato dizia que a lei federal de 1867 tinha por objecto unico "procurar a mais equitativa distribuição do activo do fallido entre advogados e o pessoal judiciario que intervinha na liquidação". (*Annuaire de Législ. Etrang.* 1874, pag. 493).

publicado,¹ e o processo de fallencia gravado com exageradas remunerações aos syndicos, á commissão fiscal e até ao próprio curador fiscal, vem a ser o terror do comraercio.

Ha fallencias cujo activo não basta para as despesas. Os processos ficam abandonados nos cartórios. E' uma lacuna do Decr. .n. 917.

Na legislação da França,² da Itália,³ da Bélgica⁴ o da Hollanda⁵ providencia-se sobre o caso em que o património do devedor não offereça, de momento, recursos para o andamento do processo.

32. O Decr. N.917 estabeleceu um só processo qualquer que fosse o ralur do activo; as despesas necessárias para o grande apparato do seu rito absorverão muitas vezes todo o activo. O Decr. n. 1597 de 1º de Maio de 1855, arts. 93 e 94, simplificava muito o processo de fallencia cujo activo não excedesse de 10:000000, e ainda " apesar do silencio do Decr. n. 917, não vemos inconveniente em ser praticado esse processo

¹ No Districto Federal, o Decreto ri. 2162 de 9 de Novembro de 1895 deu o regimento de custas judiciais da justiça local, e o Dec. u. 2163 da mesma data o regulamento da taxa judicial.

Em .S. Paulo, o Decr. n. 178 de 6 de Junho de 1893 publicou o regimento das custas judiciais.

² O Cod. Com. Francez, art. 461, manda o Thesouro Publico adeantar as despesas para a sentença declaratória da fallencia, publicação de editaes "na imprensa, apposição de sellos e prisão do fallido. O Thesouro é credor privilegiado para o embolso destas despesas.

³ O Cod. Com. Italiano, art. 914, traz disposição idêntica & do Cod. Francez.

⁴ A Lei Belga de 26 de Dezembro de 1882 ordena a gratuidade do processo quando se presume o activo da fallencia insufficiente para as primeiras despesas. O Thesouro adeanta somente as despesas com a publicação pela imprensa da sentença declaratória da fallencia.

O systema belga é análogo ao da assistência judicial; todos os funcionarios judiciaes prestam gratuitamente os seus serviços, salvo o direito de se pagarem privilegiadamente, quando houver recursos para isso. Vide Annuaire de Législ. Etrang., 1883, pag. 756.

⁵ Na Hollanda, a Lei de 30 de Setembro de 1893 manda o processo correr gratuitamente, quando o activo não bastar para as primeiras despesas. Annuaire de Législ. Etrang. 1894, pag. 402.

summarissimo, rápido e económico.¹ Devemos dar á lei uma interpretação que não contrarie os seus intuitos e fins.

§ 6.º

Alguns principios de interpretação

Summario. — 33. Regras fundamentaes de interpretação. — 34. Necessidade de proteger o credito. — 35. *A utilitas e a jûris ratio* do commercio. — 36. A defesa da *par conditio creditorum*. — 37: Na fallencia não se procura ganhar; tracta-se de perder o menos possível.

33. O Decr. n. 917, em sua applicação pratica, é disciplinado por princípios fundamentaes que mantêm a estrutura do instituto da fallencia.

Estes principios, que devem dirigir a interpretação de suas normas, serão encontrados no desenvolvimento do estudo que emprehendemos fazer neste livro; entretanto, não será demasiado compendiarmos aqui os mais importantes para que estejam sempre presentes ao espirito do interprete.

¹ Na Inglaterra a lei admite um processo summario e relativamente simples :R(summaring administration) para as pequenas fallencias (small bankruptcy), sendo considerada taes aqueles activo não passa de Lst. 300. *Bankruptcy Act*, 1883, A ch. 121 e 122. *Smith's Mercantile Law*, vol. 2.º, pag. 779.

Na Áustria oão se admite a fallencia de commerciante, cujo activo é tão insignificante que não comporte as despesas, salvo quando o credor allega algum acto nullo praticado pelo devedor. Lei de 16 de Março de 1884, art. 2º, no *Annuaire de Législ. Etrang.* 1885, pag. 305.

Na Suissa, se os bens não bastam para as despesas da liquidação, procede-se á uma liquidação summaria a menos que algum credor não insista pela liquidação ordinária, fazendo elle o adeantamento das despesas. Art. 231 da Lei Federal de 11 de Abril de 1889.

Na Hollanda por mais insignificante que seja o activo tem logar a fallencia e neste caso o processo corre gratuitamente. Lei de 30 de Setembro de 1893, no *Annuaire de Législ. Mrang.* 1894, pag. 402.

34. A lei de fallencias, sob o ponto de vista do interesse social, tem por escopo a *protecção ao credito* (n. 9).

Toda a doutrina que contrariar esse escopo deve ser repellida, pois emprestaria áquella lei um sentido anormal, offensivo ao seu character. Seria diluir a obra legislativa.

35. Deve-se ter em muita consideração que se tracta de um instituto essencialmente mercantil, e que o commercio tem a sua própria *utilitas* e a sua própria *juris ratio*.

A lógica do direito commercial, escreve o insigne MATTEO PESCATORE, ora é muito severa e pende particularmente para o estricto rigor do direito, ora é mais benigna que no direito civil commun e mostrar se mais condescendente para com a boa fé e a equidade natural.¹

36. O principio dominante na fallencia é a estricta egualdade entre os credores, garantidos, porém, os direitos daquelles que tiverem legitima causa de preferencia.

Este principio pode ser expresso nos termos da L. 6 § 7.º Dig. XLII. 8 "*Post bona possessa... PAR CONDITIO omnium creditorum*."

D'ahi dizer-se que o instituto da fallencia é de natureza essencialmente *socialista*.²

Deve ser repeilida toda a interpretação que offenda, restrinja ou annulle essa egualdade.³

¹ La Logica del Diritto, pag. 73; CASARKGIS, (Disc. 144 n. 34 e Disc. 190 n. 13) já havia dito: coram publici commercii utilitate, omnes regulae juris silere debent..."

² O THALLER, *Droit. Com.* n. 1450.

³ "Logo que se abre a fallencia assim os credores como os bens dos fallidos ficam subordinados a um regimen, que tem por base a unidade, a ordem e a egualdade". Sentença do Supr. Trib. de Just. de 28 de Junho de 1865 apud CÂNDIDO MENDES, *Arestos*, pag. 631.

— O nosso antigo direito estabelecia os axiomas:

37. Na fallencia não se procura ganhar; cogita-se de perder o menos possível, *ne pejus adveniant*.

Não seria admissivel interpretar as disposições da lei permittindo o enriquecimento dos credores em manifesto prejuízo do devedor ou de terceiro.¹ A fallencia não é uma expropriação violenta, é um meio de execução, um remédio preventivo de prejuizos.

"É' da mente da lei, que entre os credores de um fallido haja a possível egualdade". Alvará de 17 de Maio de 1759.

"Os bens do devedor fallido são communs de seus credores depois de sequestrados." Alvará de 17 de Maio de 1759.

¹ Temos aqui a applicação do principio de profunda moral proclamado por POMPONIO na L. 206, Dig. 50, 17: "Jure natura equum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locuplentiores".

Capitulo I

Do Estado Juridico da Fallencia

Summario. — 38. Os vocabulos falleneia, quebra e bancarrota. — 39. O estado de falleneia manifestado pela impossibilidade de pagar. O desequilíbrio economico. — 40. Systemas legislativos sobre a demonstração da impossibilidade de pagar. — 41. O 1º systema, que faz emergir esta impossibilidade da cessação de pagamentos, no Cod. Com. Vacillação da jurisprudencia. — 42. Rapido estudo de legislação comparada donde sobresahe a insufficiencia do criterio da cessação de pagamentos para caracterisar a falleneia. — 43. O 2.º systema, que vincula a impossibilidade de pagar a factos taxativos, prevalecendo em diversos paizes. — 44. A este systema filiou-se o Decr. n. 917 dando-lhe uma feição especial. — 45. Objecções. — 46. Condições existenciaes do estado juridico de fallencia.

38. FALLIR, do latim *fallere*, exprime a mesma cousa que *enganar, faltar ao promettido, á palavra*; ¹ d'ahi *falimento, fallencia*, seus

¹ FREI DOMINGOS VIEIRA, Grande Dictionario Portuguez; ADLETE, Dicionario Contemporâneo.

O latim (altere procede da raiz sanskrita *splial*, vacillar, mover, desviar; donde também o grego *sphallein*, faltar; o allemão *fallen, fehlen*, cahir, decahir, faltar, cahir em falta; o inglez *fall, fail*, cahir, faltar; o francês, *faillir, faillite*, enganar, peccar, faltar; o italiano *fallire*, falimento com o mesmo significado.

derivados, significando a omissão na observância de um dever, a falta do cumprimento exacto de uma obrigação.¹

A technica juridica acceitou em seu vocabulario a palavra fallencia para designar o estado do commerciante que deixa de fazer frente a seus compromissos, que cessa os seus pagamentos, ou melhor que se acha impossibilitado de satisfazer as suas obrigações.²

Quebra parece ser a verdadeira palavra portugueza para enunciar esse estado; encontramol-a empregada desde as Ordenações³ e muito antes da entrada do termo fallencia nos monumentos legislativos.⁴ Hoje, porém, são synonymas, e aquella, vae sendo abandonada e substituída ,por esta.⁵

¹ A palavra *fallencia* é empregada na Ord. Affonsina, Liv. 4, Tit. 72 § 2, como excepção da lei; falimento encontra-se na mesma Ord., Liv. I.º Tit. 67 § 2, significando falta, erro, culpa; e na do Liv. 4, Tit. 45 § 10, diminuição (PEREIRA EJ SOUZA, Dic. Jurid., verbia fallencia e fallimento).

² VISCONDE DE CAYRÚ (José da Silva Lisboa), *Direito Mercantil*, Tratado Setimo, Cap. XV: "Falimento he expressão contrária ao credito e abonação mercantil; e suppõe falta de fundos, mudança de estado, isto é, alteração na fortuna e reputação do commerciante, constituindo-o no descrédito, e impossibilidade de satisfazer as suas obrigações."

Nos primeiros tempos os fallidos chamavam-se *decocti* ou *decoctores*, expressão empregada por CICERO, na Philippica II C. XVII, e que, segundo MAYNZ (Droil Romain, vol. 2.º § 299 nota 42), nada tem de juridica. A palavra vinha de coquere, cozer. Decoctor era o que havia desperdiçado, ou, como dizem geralmente, liquidado os bens. STRACCHA explica assim a origem daquella palavra: Decoctor a decoquo verbo descendit, quod paulatim diminuere significai et coquendo absumere...Unde decoctores, conturbatores et bonorum consumptores dicuntur, quos, recentiores juris consulti fallitos et cessantes vocant.

³ A Ord. Liv. 5 Tit. 66 se inscreve: "Dos Mercadores, que *quebram*: E dos que se levantam com fazenda alhea."

⁴ FERREIRA BORGES, Dica. Jurid., verb. fallencia e quebra; FREI DOMINGOS VIEIRA, Grande Diccionario Portuguez, verb. fallencia.

⁵ O Cod. Com. usava indistinctamente os termos quebra e fallencia, quebrado e fallido. O art. 797 salientava a synonymia.

O Dec. n. 917 empregou sempre os termos fallencia, fallido, mas, não obstante a cautela, lá está no art. 21 a palavra quebra. O VISCONDE DE CAYRÚ, na obr. e cap. citados na nota 3, pag. 39,. distingue no commercio "quatro sortes de fallimento, um parcial e outro total, e se dizem — *impontualidade, ponto, quebra e bancarrota*". Esta distificção, mais casuistica que real, é impossivel deante do direito actual.

Bancarrota não é expressão que fosse adoptada em nosso direito.¹ No Francez,² Belga,³ Italiano⁴ e outros é reservada á fallencia em que se prova culpa ou fraude do devedor.

39. O estado de fallencia manifesta-se verdadeiramente pela impossibilidade de pagar, phenomeno resultante da falta de meios para solver obrigações liquidas e certas no respectivo vencimento. Tal é o criterio que prevalece na generalidade das legislações, perdendo cada dia mais terreno o preoonisado pelos antigos jurisconsultos italianos⁵ e abraçado pelo velho direito germanico⁶: *a insufficiencia do activo para*

¹ A palavra bancarrota é de origem italiana banco rotto, banca quebrada. Era uso antigo fazerem os banqueiros os descontos de letras e trocas de moedas numa banca ou mesa; quando alcançados em pagamentos se lhes quebravam, rompiam os bancas ou mesas ; d'ahi o nome: (FERREIRA BORGES, Dicc. Jurid. verb. Banca-rotta).

Por muito tempo bancarrota e fallencia exprimiram o mesmo conceito. Mais tarde, fallencia foi applicada para significar o estado do commerciante infeliz, qui fortuna vitio decoxerit, e bancarrota reservada ao que partim fortune,, partira suo vitio decoxerit e ao que suo vitio decoxerit. Esta distincção foi acolhida noCodigo Francez. e transfundiu-se nos codigos dos paizes que o imitaram, menos o nosso que se ateve ao systema hespanhol.

A palavra bankruptcy, italiana de origem e franceza por adopção (banque-route), foi empregada desde a primeira lei ingleza sem a significação que lhe emprestaram os francezes, mas como synonyma da nossa fallencia. Vide STE-PHEN'S Commentaries on the Laws of England, vol. 2, pag. 148.

Na legislação dos Estados Unidos é tambem o termo empregado. "A bankrupt means a broken up and ruined trader, according to the original sig-nification of the term; a person whose table or counter of business is broken up, bancus ruptus." KENT, *Commentaries on American Law*, vol. 2, 389 nota c.

No antigo direito, portuguez dizia-se bancarrota a quebra dolosa (PEREIRA E SOUZA, Dicc Juridico, verb. quebra), comquanto a expressão não fosse legal. A Ord. Liv. 5, Tit. 66 fala apenas de mercadores que se levantam com fazenda alhea, ordinariamente conhecidos sob o nome de levantados (FERREIRA BORGES, Dicc Jurid. verb. Bancarrota).

² Cod. Com. art. 584 e segs.

³ Cod. Com. art. 573 e segs.

⁴ Cod. Com. art. 856 e segs.

⁵ CASAREGIS, Disc. 192 n. 2.

⁶ Actualmente a Lei Allemã de 1877, § 94, exige para a abertura do concurso (fallencia) a impossibilidade de pagar (*Zahlungsunfähigkeit*), e esta impossibilidade presume-se especialmente quando ha cessação de pagamentos. (*Zahlungseinstellung*).

cobrir o passivo, conhecido na theoria sob a denominação de systema do desequilibrio economico.¹

A insolvabilidade do commerciantc (n. 18), quando mesmo bem, verificada pelas cifras do balanço, não auctorisa a declaração da fallencia, desde que o devedor, valendo-se de habilidade em procurar recursos honestos e credito, é pontual no pagamento de suas obrigações.²

O credito é a primeira e principal condição para a manutenção da vida mercantil, não o perde o commerciante que tem muitas dividas, mas aquelle que realmente não paga o que deve.

Sobreleva ponderar que é difficilima, senão impossivel, a prova do desequilibrio economico do devedor. Quaes os meios para demonstrar essa situação, que se não manifesta exteriormente por factos certos e seguros?

40. Dois systemas legislativos apresentam-se sobre os meios de caracterisar o estado de fallencia: um fal-o emergir da *cessação de pagamentos*, phenomeno este entregue á apreciação livre dos tribunaes; outro vincula-o a *factos certos, taxativos*, que indicam o embaraço economico do devedor ou a intenção fraudulenta de lesar os seus credores.

¹ O Cod. Com. Portuguez, art. 692, ainda se prende ao velho conceito da fallencia. Depois de estabelecer a cessação de pagamentos como presuiupção do estado de fallencia, aceresoenta no § único: "Antes da cessação de pagamentos pode também declarar-se a quebra com audiência do fallido, justificada que seja previamente a manifesta insufficiencia do activo para satisfação do passivo".

² O Decr. n. 917 é bem claro a esse respeito. Não é a insolvabilidade que caracteriza a fallencia, tanto que o art. 63 §§ 5 e 6 provê sobre a restituição ao fallido das sobras da liquidação.

BOBSARI, *Com. al Cod. di Com. Ital.* vol II, pag. 760: Pagar é tudo; quem paga não esta fallido, ainda que, assoberbado pelo passivo, se sustente com mil expedientes; quem não paga está fallido, ainda que o seu activo patrimônio seja superior passivo. A lei não indaga das causas, attende semente aos efeitos e julga-os.

VIDARI, Corso, vol. 8, n. 4213: "No commercio olha-se e dá-se importância mais ao que apparece exteriormente do que ás condições intrínsecas, e, emquanto os credores não observam nenhuma grave perturbação no estado economico do devedor, este tem o direito de ser reputado solvente".

41. O Código Commercial seguia o primeiro systema, dispondo no art. 796: “Todo o commerciante que cessa os seus pagamentos entende-se quebrado ou fallido.”¹

Determinar a *cessação de pagamentos* era questão de facto entregue ao livre arbitrio do poder judiciario. Sem uma regra legal que os orientasse, os nossos tribunaes nunca precisaram definitivamente o conceito da *cessação de pagamentos*, e, na generalidade, reconheciam o estado de fallencia somente quando a ruina do commerciante se apresentava patente, notoria. A obra de quarenta annos da jurisprudencia patria mostra simplesmente que a tendencia nella predominante foi explicar o conceito da *cessação de pagamentos* pelo da *insolvabilidade*² doutrina erronea, que importaria fazer triumphar em nosso direito o velho systema, que elle repelliu, do desequilibrio economico. E como as provas deste ultimo eram grandemente difficeis, o devedor á sombra desses escrúpulos judiciaes, ficava com liberdade de desviar o activo, garantia dos credores, ou então de sobrecarregar-o de novos compromissos para sahir de embaraços, que reputava momentâneos, mas que na realidade eram os prenúncios, quiçá a expressão da sua crise economica.

42. Se lançarmos uma vista sobre as legislações estrangeiras que fazem emergir a fallencia da cessação de pagamentos, notaremos a mesma fluctuação da jurisprudência, a mesma incerteza na precisão exacta daquelle facto, a ausência de um firme criterium juridico regulador do estado de fallencia.

¹ O Cod. Com., no art. 810, dava ao juiz do commercio a faculdade de, a requerimento do fiscal ou de qualquer credor, ordenar a apposição provisória de sellos, como medida conservatória, quando o devedor commerciante que tivesse cessado os seus pagamentos, intentasse ausentar-se ou desviar todo ou parte do seu activo. Se não havia cessação de pagamentos o devedor fraudulento podia, com! arte, deixar os credores *a ver navios*.

² Vide em ORLANDO, Cod. Com., nota 1233, a jurisprudência variadissima dos nossos tribunaes, onde se notará a tendência acima assignalada.

O Código Commercial Francez (reforma de 1838), no art. 437, (que serviu de fonte ao art 797 do nosso Cod.), dispõe: "*Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite*".

Os commercialistas francezes não puderam até agora dar a verdadeira significação da *essation de payments*.

MASSÉ reconhece que a cessação de pagamento facto ordinariamente complexo, tornando-se impossivel determinar os seus symptomas de maneira precisa e uniforme,¹ em quanto RENOUARD affirma que "é expressão tão clara, por si mesma, que qualquer definição só poderia escurecel-a" e, acrescenta o sábio elaborador da lei de 1838, "se os repertorios de jurisprudencia estão repletos de decisões, ora severas, ora beneficas, esta inconstancia, mais apparente que real, tem a sua principal causa na infinita diversidade de casos particulares."²

DELAMARRE ET LE POITVIN, censurando a definição do Codigo Francez por falta de clareza, e depois de transcreverem as palavras de RENOUARD, glosam-nas nestes termos: "não obstante esta asserção, em nosso entender, algum tanto temerária, perguntamos ainda a nós mesmos o que significa exactamente *cessação de pagamentos*".³

PARDESSUS ante a difficuldade da questão, teve a franqueza de dizer que o meio mais seguro de conhecer o estado de fallencia de um commerciante era obter-lhe a confissão.⁴

O Codigo Commercial Belga, no art 437, diz: — "*Tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite*."

¹ Le Droit Com. vol. 2, n. 1147.

² Traité des Faillites, vol. 1, pag. 235.

³ Droit Com., vol. 6, n. 9.

⁴ Cours de Droit Com., vol. 3, n. 1095.

NAMUR, commenta: "a cessação de pagamentos é um facto complexo, inteiramente entregue á apreciação dos tribunaes e quasi não é possível precisar os seus elementos; pode-se estabelecer somente algumas regras."¹

O Codigo Belga não se contenta com a cessação de pagamentos para caracterisar a fallencia; exige mais o abalo do credito do commerciante.

O Código Commercial Italiano, no art 683, por sua vez, declara: "*IL commerciante che cessa di fare suoi pagamenti per obbligazion commerciali è in stato di falimento.*"

Comquanto não precisasse os factos constitutivos da *cessação de pagamentos*, o legislador, italiano afastou-se um pouco do systema francez; não deixou o assumpto inteiramente ao arbitrio judicial.

Estabeleceu (art 705) que não provava a cessação de pagamentos a recusa de pagar quando o devedor se julgasse fundado na boa fé, e que a continuação de pagamentos, realizados por meios ruinosos e fraudulentos, não impedia a declaração da fallencia.

Não temos, pois, insuspeitamente reconhecida a insufficiencia do critério da *cessação de pagamentos* para, por si só, caracterisar a fallencia?²

Podemos ainda lembrar os Cods. Argentino (art. 1394), Hespanhol (art 877)), que admittindo como facto gerador do estado de

¹ Le Cod. de Com. Belge, vol. 3, n. 1593.

² Muitos têm notado como que uma contradicção entre os arts. 683 e 705 do Codigo Italiano, pois se o primeiro faz depender a fallencia da cessação efectiva de pagamentos, o segundo auctorisa uma investigação sobre o procedimento do commerciante, que pode ser levado á fallencia, independentemente daquela cessação. O preclaro VIDARI justifica o legislador italiano dizendo que a disposição do art. 705 não se desvia da rigorosa doutrina que fundamenta o estado de fallencia na cessação material de pagamentos, pois desmascara a fraude, evita que a mentira prevaleça sobre a verdade e estabelece um preceito firme para o tribunal, com segurança, determinar a data da cessação de pagamentos (Corso, vol. 8º n. 7646).

fallencia a cessação de pagamentos, ampliam o conceito desta aos casos de fuga ou occultação do commerciante, embora se não dê a real *cessação de pagamentos*!

43. O segundo systema, que vincula a prova da impossibilidade de pagar a factos taxativos, existe actualmente na Inglaterra (*acts of Bankruptcy*),¹ na Suécia,² e prevaleceu na legislação federal dos Estados Unidos da America³ e ainda nas dos Estados. Vem mesmo desde o Direito Romano, que estabelecia os casos em que podia ter logar a *venditio bonorum* (n. 2), e foi mais ou menos o adoptado pelo Cod. Com. Francez de 1807. O eminente THALLER defende com ardor este systema.⁴

44. A elle filiou-se o Decr. n. 917, imprimindo-lhe, porém, original feição.

A construcção deste Decr. funda-se em fazer emergir o estado fallencia:

a) da *impontualidade* do devedor. O commerciante que, sem relevante razão de direito, deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil liquida e certa, entende-se fallido (n. 85).

b) de *determinados factos* indicativos já da dissipação do patrimonio do devedor, já mesmo de graves embaraços na sua vida commercial, os quaes revelam a imminente impossibilidade de o devedor prover ao pagamento pontual de suas dividas. Taes factos, embora não

¹ Lei de 1883 (Bankruptcy Act, 46 & 44 Viot. eh. 52), art. 4°.

² Lei de 13 de Abril de 1883, art. 2.° § 1.° no Annuaire de Legisl. Etrang. 1884, pag. 681.

³ Lei Federal de 22 de Junho de 1874, art. 12, no Annuaire de Legial. Etrang., de 1875, pag. 686.

⁴ Des Failites en Drait Comparé, vol. 1, n. 40.

haja falta de pagamentos, *caracterisam* o estado de fallencia. E' a fallencia surpreendida em. seu momento de gestação (n. 94).

A fluctuação dá nossa jurisprudência em determinar o conceito da cessação de pagamentos¹ aconselhou o illustrado auctor do Decr. n. 917 a especialisar logo os factos, que a experiência mercantil demonstra serem os prodromos da ruina económica do devedor e do abalo do seu credito. Entendeu elle que a fallencia somente é salutar quando vera a tempo senão de o activo cobrir o passivo, ao menos antes do desaparecimento d'aquelle; que o simples conceito da cessação de pagamentos, a menos que se lhe não dê uma comprehensão elastica, e insufficiente para caracterisar a fallencia, colocando-a no pé de realisar os fins a que visa: a garantia do credito, a protecção ao devedor infeliz e de boa fé, a repressão da fraude, a segurança do commercio. Procurou evitar que o commerciante, urgido pelas necessidades de momento, empregasse meios de depauperar o seu activo sem vantagem; que, quando viesse a fallencia, a massa se achasse em presença de um património desperdiçado, de contractos nulos, de pagamentos irregulares, donde o. retardamento da liquidação, despesas avultadas, e afinal um dividendo insignificante.

45. O Decr. n. 917, determinando os casos especiaes da manifestação do estado de fallencia, e afastando todo o arbitrio judicial, preferiu uma legislação de formulas á outra de equidade.

Tem-se censurado este systema dizendo que a fallencia ó um facto complexo, cujos symptoms são impossiveis de determinar precisa e uniformemente, isto é, tem-se atacado com os mesmos argumentos com que os commercialistas francezes e italianos justificam o systema em seus códigos adoptado.

¹ Ainda continúa voillante a jurisprudência no definir a *cessação de pagamentos* para a liquidação forçada das sociedades anonyms. Vide O Direito vol. 72, pag: 377 e outras decisões nessa rica oolleccção.

Ouçamos duas autoridades.

RENOUARD, defendendo a lei franceza de 1838, incorporada ao Codigo Commercial, diz que “as legislações de formulas são as mais commodas, auxiliam o trabalho da redacção das leis e evitam embaraços aos tribunaes, mas não é por essa habilidade de meios que se bitola a sabedoria legislativa, a qual consiste antes em penetrar na apreção intima dos factos e do direito para os regular conforme a sua natureza, e segundo a justiça e a verdade.”¹

VIDARI, justificando o systema do Código Italiano, não approva “o exemplo de algumas leis que descem á exemplificações (sempre perigosas) como faz a ingleza, pois a sabedoria legislativa não consiste em reunir um formulário de casos e indícios, mas em fixar, coro precisão, alguns critérios directores geraes, á cuja luz o magistrado possa conhecer a verdade.”²

Responde-se:

Era primeiro logar, a melhor lei é a que não deixa margem ao arbítrio do juiz: *optima lex num minimum relinquit arbítrio judcis* (BACON, Aphor. 8). Evitam-se os desvios e surpresas em matéria importante onde os interesses de muitos se acham compromettidos. O juiz com acção limitada eleva a sua força moral, o seu prestigio, a sua auctoridade. São sempre perigosos os julgamentos *ex ecquo et bono*.

Em segundo logar, a cessação de pagamentos não satisfaz ao conceito da fallencia (n. 42). Só por meio de uma amplissima interpretação, tocando quasi as raias do legislador, comprehender-se-ia naquella locução muitos factos demonstrativos dos embaraços do devedor, e, não raras vezes, do seu projecto fraudulento, factos que somente podem ser evitados ou corrigidos pela abertura da fallencia. Os

¹ Traité des Faillites, vol. 1, pag. 228.

² Corso, vol. 8, n. 7647.

Tribunaes não se julgam com a faculdade de tão larga interpretação, e d'ahi a vacillação dos julgados e o mallogro do instituto da fallencia.

Attenda-se ainda a que o Decr. n. 917 não negou á cessação de pagamentos o character constitutivo do estado de fallencia. A cessação de pagamentos está implicitamente definida quando esse Decr. considera como facto gerador do estado juridico de fallencia a *impontualidade* do devedor, isto é, o não pagamento de obrigação mercantil certa e liquida no vencimento. Não podia ficar ahi. Verificada a pobreza deste criterio para caracterisar a fallencia em suas variadas e multiplas manifestações, o Decr. n. 917 fê-a emergir também de factos certos, nos quaes, sem a *impontualidade*, o procedimento do devedor traduz a intenção de prejudicar os credores, ou mesmo, independente desta intenção, revela transparentemente o seu estado ruinoso e a imminente impossibilidade de pagar (art. 1.º § 1.º).

Não ha duvida que foi muito severo o Decr. n. 917 fazendo emergir a fallencia da simples impontualidade, mas é injusto dizer-se que materialisou por demais o conceito da fallencia tomando-a dependente de uma serie de disposições isoladas, sem ligação entre si, e sem uma idéa superior que as domine, movimente e vivifique.

46. Na conformidade do Decr. n. 917 são condições essenciaes para definir o estado juridico de fallencia:

1.º Que o devedor seja commerciante, sob firma individual ou social.

2.º Que a divida seja mercantil;

3.º Que a impossibilidade de pagar se manifeste:

a) emergindo da impontualidade, isto é, da falta de pagamento de obrigação liquida e certa, no vencimento, sem que para este phenomeno influisse relevante razão de direito, ou,

b) independente da falta de pagamento, caracterizando-se vinculada a factos indicativos da imminencia do desastre do commerciante, ou da dissipação fraudulenta do seu patrimonio.

Cada um destes elementos pede demorado estudo e dará assumpto para as Secções seguintes.

SECÇÃO I

Qualidade de commerciante

Summario. — 47. Somente os commerciantes estão sujeitos á fallencia. — 48. Qualidade juridica de commerciante; requisitos legaes. — 49. a) Exercicio da mercancia. — 60. b) Profissão habitual. — 51. Duvidas sobre a qualidade de commerciante; meio de solvel- as.- 52. O exercicio do commercio sob firma individual ou social. — 53. A personalidade juridica das sociedades commerciaes sua fallencia. Sociedade de facto. - 64. Fallidos só podem ser declarados os que exercem o commercio em seu nome e por conta propria. Agentes auxiliares do commercio não estão sujeitos a fallencia, excepto os corretores, agentes de leilões, trapicheiros, e oommissarios de transporte. — 55. O agricultor não é commerciante; não pode fallir. — 56. As pessoas prohibidas de commerciar, se violam o preceito legal, podem ser declaradas fallidas. — 57. Os menores e as

mulheres casadas quando negociam sem autorisação legal, não incidem em fallencia. — 58. Para a declaração da fallencia não é preciso o exercicio actual do commercio. — 69. A morte do devedor não obsta a declaração da fallencia.— 60. Nem a cessação do exercido do commercio. — 61. Nem a dissolução e a liquidação da sociedade commercial.

47. A fallencia em nosso direito é instituição essencialmente commercial. Só os commerciantes á ella estão sujeitos. Aos não commerciantes, pessoas physicas ou sociedades civis,¹ é inapplicavel a fallencia: sejam impontuaes, cessem pagamentos, achem-se insolventes, a liquidação do seu activo e passivo se operará pelos meios communs (n. 18 e seg.)²

Não importa que o commerciante seja nacional ou estrangeiro³ basta que exercite o commercio na Republica.⁴ Igualmente

¹ As sociedades civis não estão sujeitas á fallencia. O character civil ou commercial de uma sociedade depende do objecto da mesma sociedade e não da forma que os interessados lhe dão, e ainda que estes empregassem forma especialmente attribuida ás sociedades commerciaes, o uso que fizeram desta forma não tem o effeito de mudar a natureza do fim da sociedade e transformar em operações commerciaes, as operações meramente civis” Acc. da Cam. Civil da Corte de Appellação, de 12 de Maio de 1898, na Rev. de Jurisp., vol. 3 pag. 217.

² Decr. 917, art. 140.

³ A Constituição Federal, no art, 72 § 24, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no paiz o livre exercicio de qualquer profissão. As leis sobre fallencia são leis sobre a execução forçada, estatutos reaes, *quoad objectum*; podem também em rigor ser classificadas entre as leis de policia e segurança por que tem por fim proteger os credores contra as fraudes do devedor. Applicam-se a todos os que habitam o Estado. Quando estas razões não actuassem, basta que sejam leis e attender a que nenhuma consideração as exceptua da regra geral segundo a qual todas as leis regem todos os que se acham no território do Estado. COMTE DE VAREILLES SOMMIERES, *La Synthèse du Droit Internat. Prive*, vol. 1 n. 435.

Na Inglaterra os estrangeiros não podem ser declarados em fallencia senão quando são domiciliados na Inglaterra ou ahi residem ou tem o seu escriptorio desde um anno antes do requerimento de fallencia (Bankruptcy Act, 1883, s. 6, d).

⁴ Cod. Com. art. 30.

não se indaga se os seus credores são nacionaes ou extraueiros. E' tambem indifferente que seja matriculado ou não matriculado.

48. Comerciante se reputa quem faz da mercancia profissão habitual.¹

A formalidade da matricula, exigida pelo art. 4.º do Cdigo Commercial, na actualidade do nosso direito, não é requisito essencial para caracterisar a qualidade de comerciante; não firma a competência da jurisdição commercial;² não confere favores no processo da fallencia; não liberalisa a favor do commercio aquella protecção a que se referia o cit. art. 4.º e que o art. 2.º do Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855 definira.

A qualidade juridica do commerciante resulta do concurso de dois requisitos:

- a) exercicio da mercancia;
- b) profissão habitual.

Cada um destes requisitos pede especial exame.

49. Exercido da mercancia. O Codigo Commercial não define o que seja mercancia.³ O Regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850 suppriu a lacuna, dispondo no art. 19:

“Considera-se mercancia:

¹ Cod. Com., art. 4.º

² Lei-n. 799 de 16 de Setembro de 1854, art. 1º Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855, art. 1º

-O Cod. Portuguez considera para os effeitos especiaes da fallencia, todos os individuos matriculados como commerciantes, embora em rigor juri dico o não sejam (arts. 708 § 1.º n. 1.9 e § 2.º). <O simples facto da matricula, diz o Dr. FERNANDES, Declaração da Fallencia, pag. 66,' basta para imprimir-lhe este character no que respeita á matéria de fallencias. Nesta parte seguiu o nosso Código um systema semelhante ao da lei suissa.”

³ Assim também procede o Cod. Com. Francez. Incidentemente quando tracta da competência dos tribunaes de commercio é que se occupa dos actos de commercio.

§ 1.º A compra e venda ou troca de effeitos moveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2.º As operações de cambio, banco e corretagem;

§ 3.º As empresas de fabricas, de commissões, de deposito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, e de espectaculos publicos;

§ 4.º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contractos relativos ao commercio maritimo;

§ 5.º A armação e expedição de navios.

Esta disposição, porém, não é taxativa.¹

Mercancia é synonymo de actos de commercio, e o exercicio destes constitue uma industria que tem a sua esphera economica e juridica propria, como succede com a industria agricola e com a *manufactureira ou fabril*.

A industria mercantil, toda particular, assignala-se por dois caracteres:

1.º é uma industria de *mediação*, ou melhor de interposição;

2.º tem como propósito *especular, tirar lucro*.²

¹ A doutrina e a jurisprudencia têm assentado que a disposição do art. 19 do Beg. 737 é enunciativa ou demonstrativa e não taxativa. Assim têm considerado commerciantes: 1.º Os pharmaceuticos. Ac. da Bel. da Corte de 25 de Novembro de 1881 (*O Direito*, vol. 26, pag. 633); ac. da mesma Bel. de 24 de Outubro de 1884 (*O Direito*, vol. 36, pag. 400); 2'.º Os carpinteiros, mestres de obras e empreiteiros, com a casa aberta e collectada. Ac. da Bel. da Corte de 24 de Março de 1887 (*O Direito*, vol. 44, pag. 85); 3.º Os que fazem profissão habitual de dar dinheiro a premio (*O Direito*, vol. 38, pag. 425). 4.º Os que fazem extrahir pedra para vender (exploração de pedreiras). Ac. da Bel. da Corte de 13 de Outubro de 1876 (ESPOZKL, Rev. 1876, pag. 51). Vide ORLANDO, Cod. Com., nota 268.

² MARGHERI, *IL Diritto Com. Ital.*, vol. I.º § 1º n. 1.

O objecto economico immediato do commercio é a circulação da riqueza e esta se effectua pela *interposição* entre o productor e o consumidor, facilitando a offerta e a procura; o *mediador* tem por fira conseguir um *lucro*, isto é, uma vantagem apreciável em dinheiro, que, no commercio, é destinada a reproduzir-se, servindo de instrumento novas operações.¹

Não é a realização de lucro o que caracteriza os actos commerciaes, basta a *esperança de lucro*. D'ahi dizer-se que a especulação, e n o seu êxito, é o elemento essencial da *mercancia*.²

Todas as vezes, pois, que, com a pratica de determinado acto, séj tem em vista *especular*, procurar um lucro, ha mercancia.

50. b) Profissão habitual. A profissão, isto é, a vontade constante e directa de exercitar a mercancia é o elemento constitutivo da qualidade de comrerciante. Para que se reconheça a profissão habitual não é preciso que o individuo dedique toda a sua actividade á pratica de qualquer acto de mercancia, nem que esta pratica seja notória; basta que, exercitando actos commerciaes, o faça repetida, successiva e perseverantemente com a idéa de um lucro a auferir, de uma especulação.

Em resultado: aquelle que se limita a praticar um ou outro acto isolado de commercio não pôde incidir em fallencia.

— A noção do *acto de commercio*, escreve o illustrado professor Dr. BRASILLIO MACHADO (da Faculdade de S. Paulo), noção que é primaria e fundamental, ainda é um problema insolúvel para a doutrina; um tormento para o legislador; um enigma para a jurisprudencia. Nem a theoria nem a pratica alcançaram desfazer, as duvidas e as confusões na delimitação da esphera juridica, em que se move o phenomeno do commercio. *Da Unificação do Direito Privado, na Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. V, pag. 142.

Nessa bem elaborada monographia encontram-se assignalados os diversos systemas doutrinários e legislativos quanto á substancia própria e Laidos actos de commercio.

¹ VIDARE, *Corso*, vol. 1.º, ns. 16 e 17; SUPINO, *Dir. Com.*, n. 2.

² THOLL, *Trattato di Dir. Com.*, trad. MARGHERI, vol. 1.º, § 24; MARGHERI *IL Dir. Com. Ital.*, vol 1.º n. 1: Speculare vuol dire. rischiare la perdita o il guadagno.

51. Ao juiz compete apreciar a qualidade de commerciante no devedor, caso haja duvida ou contestação a tal respeito. E' questão prejudicial, que deve ser preliminarmente resolvida pela importancia capital que assume no instituto da fallencia (n. 153). O juiz decidirá a questão conforme ás regras geraes de prova.¹ Ha factos que mostram, em toda a evidencia, esta qualidade, taes como: o registro da firma, a abertura de estabelecimento commercial, o pagamento de imposto de industria e profissão, a expedição de facturas de generos a negociantes, as declarações em taboetas ou placas, as circulares, a auctorisação de pessoas competentes, etc.

52. O commerciante pode exercer a mercancia sob firma *individual ou social*.²

O Decr. n. 916 de 24 de Outubro de 1890 define firma ou ralo commercial: *o nome sob o qual o commerciante ou sociedade exerce o commercio e assigna-se nos actos a elle referentes* (art 2.º), definição completa, pois a firma nas relações commerciaes representa o nesmo que o nome e o cognome cora que cada um de nós é conhcecido nas relações civis. A firma differença uma pessoa da outra e identifica os diversos individuos que exercitam a mercancia.³

¹ Regul. 737, art. 18.

² Não se confunda a firma commercial, manifestação graphica da personalidade do commerciante, na phrase de ESTASÉN (Derecho Mercantil, vol. 7 n.j 26X com o nome commercial ou industrial, isto é, com o nome da industria que é exercida pelo individuo (art. 1o do Decr. n. 916 de 1890), nem com as insígnias ou emblemas que muitos commerciantes costumam sobrepôr na frente de sens estabelecimentos ou affixar em sua mercadorias. A firma, explica VIDARI (Corso, vol. 1 n. 344), é sempre attributiva da personalidade juridica; a insignia, o emblema, servem para melhor differenciar esta personalidade ou para demonstrar que a mercadoria assim marcada pertence ao proprietario da insignia ou do emblema. Consultem VIVANTE, Trattato di Dir. Com., vol. 1 n. 99, o HUMBLET, Traité de Noms, de Prénoms & de Pseudonymes dans le Droit civil, commercial. etc.

³ Falta sensivel em nossa legislação foi supprida pelo Decr. n. 916 de 2-1 de Outubro de 1890, creando o registro de firmas, instituição que existe especialmente na Allemanha (Cod. Com. art. 12 a 14), na Austria (Cod. Com. art. 12 a 14), na Hungria (art. 7 a 24), na Suissa (Cod. Fed. das Obrig., art. 869 a 876 e regul. de 29 de Agosto de 1882), na Hespanha (Cod. Com art 16 a 32) e na Roumania (Lei de 18 de Abril de 1884).

53. A expressão commerciante sob firma social refere-se visivelmente ás sociedades commerciaes e não ao individuo que não tendo, na realidade, sócio emprega era seus negócios mercantis uma firma social. O uso da firma social nestas condições é expressamente prohibido,¹ e quando venha a fallir aquelle que a emprega, incorre nas penas da fallencia fraudulenta.²

As sociedades commerciaes constituem individualidades juridicas distinctas e independentes das pessoas dos socios; podem se considerar na locução *commerciantes*, e por serem personalidades juridicas é que estão sujeitas á fallencia.³

As sociedades de facto, tambem chamadas irregulares, existem no tempo e no espaço; terceiros as roconhecem e tractam com ellas. Desde que existem, e sobre isso não ha duvida attendendo-so á disposição expressa do art 305 do Cod. Com., devem apparecer na vida

¹ Art. 3º do Decr. n. 916 de 24 de Outubro de 1890.

² Art. 79, c, n. XI do Decr. n. 917.

³ A maioria dos escriptores allemães, nega a personalidade juridica dal sociedades commerciaes e entretanto admite a fallencia destas. Mas, neste caso, observa THALLER, como justificar-o direito de preferencia que os credores sociaes tem sobre o patrimonio social e a declaração da fallencia da sociedade? Que é uma fallencia sem fallido? E' ahi que os allemães crearam muitas theorias cujo segredo possuem, para chegarem, por diverso caminho, ao mesmo fim pratico que nós. (*Des Faillites en Droit Compare*, vol. 2.º a. 211).

Para maiores detalhes consnltem-se SRAFFA, *Il Fallimento delle Società Com.* 1.º; VIVANTE, *Trattato di Dir. Com.*, vol. I.º ns. 286 e segs.

- O Decr. n. 917, arte. 4, b, 72 § 3, 73 §§ 7 e 8, admite a possibilidade de serem declaradas fallidas as sociedades em conta de participação, que não têm firma, nem domicilio, e não constituem a respeito de terceiros uma pessoa juridica distincta da pessoa com quem contractaram.

Mas, em virtude da analogia que essas associações, quanto á sua constituição externa, mantêm com as sociedades irregulares e como ainda nellas os capitaes, embora individuaes dos sócios, entram em concurso para o beneficio commum e ha na realidade communhão dos lucros e perdas entre os associados, são consideradas como espécie *sui generis* das sociedades commerciaes (Dr. JOÃO MONTEIRO, *Da sociedade em conta de participação*, n'º Direito, vol. 30, pag. 481 a 523), e admite se a fallencia que é a mesma fallencia dos socios ostensivos ou gerentes (Vide n. 123).

A jurisprudencia franceza é em sentido contrario. As associações em paricipação, existindo sem acto escripto e sem publicidade, não constituem personalidade juridica absorvendo a individualidade dos participantes, e assim não podem ser declaradas em fallencia. DALLOZ, *Suppl. au Repert.*, verb. *Faillites*, n. 226.

juridica com os caracteres essenciaes das sociedades, o primeiro dos quaes é ter personalidade juridica. São, portanto, sujeitas também á fallencia.¹

54 Em fallencia so incidem os que exercitam o commercio em seu nome e por conta propria

O Cod. Com. (art 35) creou uma classe de *agentes auxiliares do commercio*, sujeita ás leis commerciaes com relação ás operações que nessa qualidade lhe respeitassem, comprehendendo: 1.º os corretores; 2.º os agentes de leilões; 3.º os feitores, guarda-livros e caixeiros; 4.º os trapicheiros e administradores de armazens de deposito; 5º os commissarios de transportes; podendo se ainda accrescentar, em 6.º lugar, os interpretes.²

Não obstante, estão sujeitos á fallencia os corretores, os agentes de leilões, os trapicheiros e os commissarios de transporte.

Relativamente aos corretores e agentes de leilões, a lei expressamente prohibiu fazerem operações mercantis por conta própria, fulminando-as até de nullidade. Se infringem o preceito legal tornam-se de facto commerciantes, incidem em fallencia; fallencia que não pode ser prevenida pelos remédios legais,³ e que por direito é considerada fraudulenta.⁴

Caso existe, entretanto, em que, sem se tornarem commerciantes de facto, isto é, obrando mesmo como intermediários,

¹ SRAFFA, *Obr. cit.*, pag. 50.

² No Districto Federal o cargo de corretor de fundos constitue officio publico. Lei n. 354 de 16 de Dezembro de 1895.
O mesmo é no Estado de S. Paulo. Lei Est. n. 479 de 24 de Dezembro de 1896.

³ Como taes foram considerados pelo Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855, art. 12 § 5.º na parte em que se refere ao Decr. n. 863 de 17 de Novembro de 1851, e ainda pelo Decr. n. 596 de 19 de Julho de 1890, art. 12 § 9.

⁴ O Decr. n. 917, art. 139.

podem os corretores ser declarados iallidos. O Decr. n. 917 no art. 2.º, g, considera divida mercantil liquida e certa, auctorisando a abertura de fallencia do corretor, as notas das vendas a prazo onde não houverem sido indicados os nomes do vendedor e do comprador. A falta desta indicação constitue o corretor pessoalmente obrigado (n. 77). Quanto aos trapicheiros e commissarios de transporte, embora o Código os considere agentes auxiliares do commercio, não os prohibiu de commerciar; ao contrario, considerou como mercancia as empresas de deposito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias.¹ Incidem em fallencia como commerciantes que são (vide n. 75). Não podem, porém prevenil-a pelos meios legaes.²

55. O agricultor não é commerciante; vende os productos de sua fazenda; faz compras; tem muitas vezes de contractar adeantamentos de dinheiro; joga, em summa, com o credito. Mas todas estas operações têm por fim augmentar a colheita dos seus productos; não se assignalam pelos caracteristicos expostos no n. 49 *supra*.

O que ha de commercial nestas operações, escreve RENOUARD, absorve-se e desaparece em seu character dominante, o da exploração da propriedade, da fazenda.³

No intuito de auxiliar o credito agrícola movel o Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 equiparou as transacções deste credito ás do commercial, dispondo no art. 20: "Ficam sujeitos á jurisdicção commercial e á fallencia todos os assignatarios de effeitos commerciaes,

¹ Cod. Com. arte. 59 e 68; Decr. Federal n. 2475 de 13 de Março de 1897 (Regulamento dos Corretores do Districto Federal) art. 49, b; Decreto do Estado de S. Paulo n. 454 de 7 de Junho de 1897 (Regulamento dos Corretores da capital deste Estado) art. 49, b.

² Decr. n. 917, art. 139.

³ *Traité des Faillites*, vol. 1.º pag. 238.

comprehendidos os que contrahirem empréstimos mediante hypotheca ou penhor agricola, por somma superior a 5:000000".¹

Esta disposição, porém, quanto á fallencia, está implicitamente frustrada em face da letra e espirito do Decr. n. 917, arts. 1 e 140, e do Cod. Penal, art 337, notando-se ainda que nunca foi regulamentada.²

¹ Vide também Decr. n. 165 A de 17 de Janeiro de 1890, art. 5." (quanto aos bilhetes de mercadorias); Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 380.

² Parecer do Dr. SOUZA RIBEIRO, no Fórum, vol. 2, pag. 596.

O Superior Tribunal de Pernambuco, em interessante feito, proferiu a decisão seguinte: "Accordam em Tribunal, feito o sorteio e relatório do estylo, negar provimento, como realmente negam, ao agravo interposto do despacho de fls. 33, que deixou de abrir a fallencia do Dr. Joaquim José Coimbra, conforme o requerido ás fls. 2; porquanto não constando dos autos que o aggravado, em suas usinas Catende e Pirangyassú, servidas pelos seus diversos engenhos, pratique acto algum de mercancia, como seria a compra de cannas para a moagem e fabrico do assucar, e assim a compra da matéria prima a uns e a venda do producto alcançado a outros, tudo isto inspirado pela especulação e accentuando a profissão habitual; e portanto não se podendo applicar á hypothese a disposição do § 3 do art. 19 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 —que falando de empresas, de fabricas, refere-se á industria manufactureira propriamente dita, sem sacrificio dos princípios geraes do direito; e consequentemente permanecendo inilludivel a qualidade de mero agricultor ou devedor civil do aggravado, também nao se pode pretender que tenha lo-gar no caso vertente a disposição do art. 20 do Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, a qual, alem de não ter o intuito que lhe attribue o aggravante, collidindo, quando o tivesse, com o art. 1 § 2 do Decr. n. 917 de 24 de Outubro do mesmo anno que prohibe a declaração de fallencia do devedor civil, não pode estar em vigor; o que é tanto mais exacto quanto é certo que no dominio entre nós da Citada lei de fallencia, o pensamento desta terminante e claro relativamente á condição de serem mercantis devedor e dividas, está ainda comprehendido em lei, igualmente posterior ao cit. Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, como é o nosso Codigo Penal, em cujo art. 336 pune-se o crime de fallencia dando a qualidade de commerciante ao devedor e; distinguindo ,no art. 337 o devedor não commerciante, em estado de insolvencia. Acresce que o chamado direito novo, consistente em ampliar o instituto da fallencia aos não commerciantes, principio consagrado na legislação de diversos paizes do continente europeu, como a Allemanha com a sua lei de 10 de Fevereiro de 1877, não pode influir de modo algum em nossas decisoes uma vez que sobre o assumpto temos lei especial expressa. Subsista, pois, a sentença aggravada e pague o aggravante as custas. Recife, 30 de Novembro de 1897. Galvão, P. Altino de Araújo, relator — Pereira de Lyra - Macedo Lima. Votei no sentido de ser reformada a sentença e ser aberta a fallencia nos termos da lei 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 20, cuja disposição não está em contradicção com o art. 140 do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de -1890 que se refere expressamente aos devedores por titulo civil, ao passo que o art. 20 se refere a titulo mercantil e a hypotheca e penhor agricola. Acresce que no Decr. Estadual de 24 de Março de 1891, que tracta da concessão da Uzina Catende se encontra a prova cabal de que o aggravado compra cannas para as vender depois de manufacturadas em sua fabrica tendo em vista a especulação, o lucro, o que constituo mercancia nos termos do art. 19 § 3.º do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850".

O Dr. H. MILLET, advogado do aggravante, sustentava que o art. 20 do Decr. n. 169 A não estava revogado pelo art. 140 do Decr. n. 917: 1." porque a lei hypothecaria, lei especial, não podia ser derogada pela lei de fallencia, que faz parte integrante do Cod.

56. Tem-se perguntado se estão sujeitas á fallencia as pessoas prohibidas de commerciar,¹ quando transgridem o preceito do art. 2.º do Cod.

Não ha duvida que sim. A *proibição* estabelecida pelo Cod, Com. não tem por causa a *incapacidade*; tracta-se antes de uma *incompatibilidade*. Se os actos commerciaes praticados pelos *incapazes* são nullos de pleno direito, os pelos *incompatíveis*, em sua generalidade, permanecem validos; aquelles que os exercem incorrem nas penas do art. 233 . do Cod. Penal.

Dizemos em sua *generalidade* porque a lei *expressamente* declarou, nullos os actos de alguns, taes como os dos corretores e agentes de leilões (Cod. Com. arts. 59 § 1.º e 69). Esta excepção confirma a regra. *Ubi legislator voluit, expressit; ubi non expressit, noluit.*

Admittida a validade dos actos commerciaes praticados pelos prohibidos de commerciar¹ não se lhes pode negar o character de commerciantes, e, consequentemente, achando-se em qualquer dos casos do art. 1.º do Decr. n. 917, não escapam á fallencia, ás disposições legaes

Com. e é uma lei geral; 2." porque o art. 140 do Decr. 917 o que diz é que os devedores por titulos civis não se reputarão fallidos e sim insolvaveis, ao passo que o art. 20 do Decr. 169 A refere-se a devedores por titulos sujeitos á jurisdicção commercial, como são os penhores agricolas, hvpotecas e letras de terra (Ext. de um pequeno folheto impresso em Pernambuco, na typ. do Jornal do Recife, 1898, sob o titulo — Fallencia do Dr. Joaquim José Coimbra requerida por Carlos Sinderi).

— Não está isento da fallencia aquelle que, sendo fazendeiro, tem casa de commercio bem sortida, franqueada ao publico, ao qual constantemente vende, com guarda-livros e caixeiro, o que bem demonstra a profissão habitual de commerciante. Ac. do Trib. da Rei. de Ouro-Preto, Minas-Geraes, de 6 de Março de 1897, no Fórum, vol. 3." pag. 528.

¹ Entre os prohibidos de commerciar enumera o Cod. Com., no art. 2.º, as corporações de mão morta, os clérigos e os regulares, disposições estas sem vigor actualmente em virtude dos principios que decorrem da Constituição Federal. São muito procedentes as considerações que a esse propósito faz SOUZA PINTO, Dicc. da Leg.Com. Braz., verb. commerciante, n. 1259, nota 177.

O Cod. Crim. de 1830 punia os parochos que commerciassem (art 148); o Cod. Penal de 1890 a elles não se refere (art. 223).

que salvaguardam o credito mercantil e que tutelam os interesses dos credores.¹

Note-se: 1.º podendo os prohibidos de commerciar incidir em fallencia, não gosam entretanto faculdade de prevenir ou obstar a sua declaração;² 2º a fallencia destas pessoas é sempre fraudulenta, pois não podem ter firma legalmente registrada.³

57. Que dos menores ou das mulheres casadas que commerciaresem sem a devida auctorisação?

Não estão sujeitos á fallencia.

Os menores e as mulheres casadas se não reunirem as condições expressamente exigidas para exercerem o commercio (Cod. Com. art 1.º ns. II, III e IV), são incapazes de direito.⁴

Quem quer que, por ventura, tenha tractado com estes incapazes não se pode queixar com justiça, pois a todos corre o dever de se instruir da qualidade e da capacidade daquelle com quem contractam: *qui cum alio contrahit, vel est vel esse debet non ignarus conditionis ejus* (L. 19 Dig. 50, 17).

A sociedade de que um menor faz parte não está, porém, isenta de fallencia. O menor deve ser excluído do processo da fallencia, mas quem com elle se associou, embora nullamente, em face da disposição do art 317 do Cod. Com., é solidariamente responsável pelo debito da sociedade, pois a nullidade do contracto não o desobriga para com os credores que, em boa fé, prestaram seus capitães, e não podem

¹ O Cod. Com. do Chile, art. 1342, e expresso, dispondo que as pessoas prohibidas de commerciar podem ser declaradas fallidas quando infringem o preceito legal.

² Decr. n. 917, art. 12 § unico.

³ Decr. n. 917, art. 79, c, n. XI.

⁴ O Cod. Com. do Chile, art. 1342, ai. 2.º: “Os incapazes não podem ser declarados em fallencia ainda quando hajam entregues habitualmente ao exercicio do commercio.

soffrer prejuízo por actos de associados entre si, antes têm legitimo direito para se pagarem pelo acervo social.¹

58. Para a declaração da fallencia não é necessário que o com-merciante esteja no exercício actual da profissão mercantil.

O art. 10 do Decr. n. 917 faz certo que não obstem áquella declaração:

- a) *a morte* do devedor;
- b) *a cessação do exercido do commercio*;
- c) *a dissolução e a liquidação da sociedade*.

59. a) *Morte do devedor*. A morte do devedor extingue somente as obrigações e direitos restrictos á sua pessoa ou que dizem respeito a factos pessoaes.²

Os credores das outras obrigações não perdem o direito de requerer a fallencia do devedor já fallecido.

Por outro lado, á viuva e aos herdeiros do devedor não se pode negar o direito de promoverem a fallencia, muitas vezes único meio de se conseguir prompta e fácil liquidação da casa commercial, e, ao mesmo tempo, de reabilitar moralmente a memoria do morto, ponto delicadíssimo e altamente prezado no intimo das familias (n. 115).

O Cod. Com., no art 807, 2º parte, já dispunha que o facto superveniente da morte do fallido, que, em vida, cessara pagamentos, não impedia a declaração da fallencia, nem o andamento das diligencias

¹ Decisão do Juiz do Commercio da Corte, confirmada pela Rei., em ac. de 8 de Agosto de 1879, *n'0 Direito*, vol. 20 pag. 362.

² Cod. Geral Austriaco, art. 1448; MAYNZ, *Droit Som.*, vol. 2.º § 298 pag. 593

subseqüentes e consequentes, quando se achasse anteriormente declarada.

O Decr. n. 917 afastou-se totalmente do Cod. impondo as condições seguintes para a declaração da fallencia posthuma:

1.º Que algum dos factos característicos da fallencia definidos no art. 1.º § 1.º se haja verificado em vida do devedor; quanto á falta de pagamento é indifferente que se dê antes ou depois da morte.

Se a falta de pagamento acontece durante a vida do devedor, parece, seguindo a letra do art 10 do Decr. n. 917, que a fallencia não mais tem logar. A' esta conclusão se oppõe, porém, o espirito da lei, que não poderia ter querido privar os credores de recorrerem a esse meio prompto de definir os seus direitos, restabelecendo a *par conditio*, justamente em ocasião mais precisa, e quando o devedor estava de facto fallido e elles com direitos adquiridos.

Accresce ainda que, entre os factos característicos da fallencia enumerados no art 1.º § 1.º do Decr. n. 917 figura um que se basêa na falta de pagamento, o do inciso *i*. Como adruittir seja este o. caso único de falta de pagamento, verificado durante a vida do devedor, em que seja possível a fallencia posthuma?¹

¹ O O Cod. Com. Francez, art. 437, ai. 2, e o Cod. Com. Belga, art. 437, al. 3 exigem que o devedor, na ocasião da morte, se achasse em estado de cessação de pagamentos, embora com o activo inferior ao passivo.

Se pois o devedor suicida-se por se ver nas vespas de cessar pagamentos não pode ser declarado fallido (LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.* vol. 7." n. 70).

O Cod. Com. Argentino, art. 1383, exige que a cessação de pagamentos se tenha verificado durante A vida do devedor. Se pois um commerciante paga a seus credores até ao dia da morte, não pode ser declarado fallido. "A lei tem julgado, escreve o professor OBARRIO, (Quiebras, n. 11) que ha alguma cousa de odioso em lançar a nota de fallido sobre o nome de um individuo que durante a sua vida manteve incólume o seu credito e cumpriu religiosamente todas as suas obrigações mercantis".

O Cod. Com. Italiano; art. 690, ai. á." não diz expressamente que a cessação de pagamentos deve preceder á morte do devedor, mas a doutrina e a jurisprudência têm assentado exigindo a cessação de pagamentos antes da morte. VIDAM, Corso, vol. 8.º, ns. 7637 e 7638; MASI, *Del Fallimento*, vol. 1.º paga. 224 e seg. Afasta-se, porém, da opinião destes commercialistas CALAMANDREI, *Del FALLimento*, n. 80.

2.º Que não haja decorrido o prazo de um anno depois do falle-pimento do devedor.¹

O Código não limitava o prazo.²

A necessidade de se fixar a sorte da successão, o interesse dos herdeiros, a honra das famílias aconselham aquella restricção e também um prazo mais curto que o concedido para o caso de cessação do exercício do commercio.³

A viuva e herdeiros do devedor represental-o-ão, no processo de fallencia, tão somente para os effeitos commerciaes, antes ou depois desta declarada.⁴

O Cod. Com. Chileno, art. 1343, dispõe que a *successão de um commerciante* pode ser declarada em fallencia sempre que este tenha fallecido em estado de cessação de pagamentos.

¹ Decr. n. 917, art. 10 § 1.º

² A jurisprudência, porém, tinha admittido que não podia abrir-se fallencia a commerciantes falecidos ha muitos mezes, ha annos depois que as firmas sociaes tinham sido dissolvidas e os bens respectivos passado á mãos de terceiros. Ac. da Bel. de Porto-Alegre, de 14 de Novembro de 1890. O Direito, vol. 54 pag. 567.

³ MACEDO SOARES, Reflexões, *n' O Direito*, vol. 51, pag. 327.

O Cod. Com. Portuguez de 1888 (art. 693) marca o prazo de dois annos; o Cod. Italiano (art. 690), o Francez (art. 437), o Chileno (art. 1343) marcam o prazo de um anno; o Argentino (art. 1383) seis mezes.

O Cod. Com. Belga é silencioso, mas NAMUR (*Le Code de Com. Belge*, vol. 3, n. 1591) e HUMBLET (*Traité des Faillites*, n. 70), entendem que, em face do art. 422, segundo o qual a. epocha da cessação de pagamentos não pode retroahir alem de seis mezes á declaração da fallencia, é este o prazo máximo para se requerer a fallencia do devedor fallecido.

O Cod. Com. Port. contém a seguinte disposição muito interessante: Art. 693 § unico "A declaração da quebra depois da morte do commerciante suspende, quanto aos bens, todo o seguimento do inventario judicial a que se proceder em razão desse óbito, até que a mesma quebra seja suspensa ou determine".

⁴ Decr. n. 917, art. 10 § 2."

Na vigencia do Cod. Com. a jurisprudencia havia assentado que a viuva cabeça de casal devia ser citada para a justificação de fallencia do negociante fallecido (Ac. da Bel. da Corte, de 12 de Dezembro de 1879, *n' O Direito*, vol. 21 pag. 345); que a abertura da fallencia, sua qualificação e mais termos ulteriores não podiam correr sem sciencia e conhecimento dos legitimos representantes do mesmo fallido. Ac. da mesma Bel., de 12 de Março de 1880, *n' O Direito*, vol. 22, pag. 104).

Consulte-se CONS. OLEGARIO, *Exame Critico*, *n' O Direito*, vol. 1.º, pag. 9.

60. b) Cessaçã do exercido do commercio. Não é possível deixar á vontade do commerciante eximir-se das responsabilidades que contrahiu, e burlar o direito de seus credores, pondo termo ao gyro mercantil da sua casa para voltar ás occupaçoes ordinarias da vida civil.;

A lei não permite, porém, que se declare a fallencia dois annos depois da cessaçã do exercicio do commercio.¹

O devedor que naturalmente vae empregar a sua actividade em outra profissã, pode nesta contrahir compromissos e não seria justo ficarem elle e os seus novos credores sujeitos ás eventualidades de uma fallencia por dividas antigas.²

Depois daquelle prazo não fica extincta a obrigaçã; os credores e o próprio devedor são apenas privados das vantagens que lhes poderia trazer a fallencia.³

¹ Decr. n. 917, art. 10 § 1: "

O Cod. Com. não continha disposiçã a esse respeito, mas a jurisprudência havia admittido que o facto de se haver deixado a profissã mercantil não evitava a declaraçã da fallencia.. Vide arestos em ORLANDO, Cod. Com., nota 1265 e lede HOLLANDA CAVALCANTE, Informações, pag. 23.

O Cod. Com. Italiano, art. 690, o Roumaico, art. 703, e o Mexicano, art. 946, marcam até 5 annos depois de o negociante retirar-se do commercio. O Portuguez, art. 693, até dois annos depois da cessaçã de pagamentos; o Argentino, art. 1383, até seis mezes contados do dia em que se retirou do commercio. O Francez nada diz a tal respeito, porém a doutrina e a jurisprudencia mantém a fallencia neste caso, podendo a declaraçã della ter logar em qualquer tempo. (LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7. n. 72; THALLER, *Droit. Com.* n. 1476).

² MACEDO SOARES, *Reflexões, n'0 Direito*, vol. 51, pag. 327

³ O negociante matriculado não pode soffrer em seus bens embargo ou arresto (Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855), porém se, ha mais de dois annos, deixou de exercer a profissã mercantil perde este favor legal, pois "sendo semelhante isençã prerogativa do negociante matriculado por estar sujeito á fallencia, quando contra elle procedente seja um arresto, é certo que revogada, como effectivamente está a parte 3.a do Cod. Com. pelo Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, que, no seu art. 10 § 1.º, estatue que *em todo o caso não poderá ser declarada a fallencia, depois de um anuo do faUecimento do devedor, nem de dois da cessaçã do exercido do commercio*, ficaria, no caso, o devedor em uma situaçã juridica especial e impossivel, *ser e não ser*, ser negociante, em virtude da matricula, que perdurando em seus effeitos o salvaguardaria contra o arresto e não ser negociante pelo facto de ter deixado de exercer, ha mais de dois annos, a profissã mercantil". Ac. do Tribunal de Appellaçã da Bahia, de 11 de Junho de 1897, na *Revista dos Tribunaes* (Bahia) vol. 10, pag. 243.

Nem sempre é fácil provar a data precisa na qual o devedor cessou o exercicio do commercio.

Neste assumpto o juiz deve firmar a sua convicção por todo o ge nero de prova. A prova decisiva é a averbação do registro de firmas,¹ mas outras circumstancias podem também servir de demonstração, como: o fechamento do estabelecimento commercial, circulares á praça communicando a cessação do comerrcio, etc., etc.

61. c) Dissolução e liquidação da sociedade. A dissolução da sociedade não extingue as obrigações contrahidas por ella. *Finitus societas, sed non obligatio societatis*. A sociedade continúa para os actos e operações da liquidação (Cod. Com., 335, *in fine*), e, quer se opere de pleno direito (art. 335) quer em virtude de sentença judicial (art 336) a dissolução não extingue a individualidade da sociedade e nem prejudica os direitos de terceiros. As obrigações dos socios acabam depois de satisfeitas e extinctas as responsabilidades sociaes (art. 329). Só então desaparece de todo a sociedade, expirando a sua individualidade juridica (n. 121).

Dissolvida a sociedade e entrando em liquidação passa a ser representada pelo liquidante ou liquidantes (art. 344), cessando para os sócios o uso da firma (art. 340). Podem esses liquidantes não só requerer a fallencia (n. 117), como intervir no processo preliminar defendendo a propriedade e interesses a seu cargo, e até usando dos recursos legais.²

O Tribunal Civil e Criminal do districto federal, em acoordam do Conselho de 20 de Dezembro de 1897, decidiu que a nova legislação sobre fal-encias (Dec. n. 917) aboliu implicitamente a prerogativa do negociante matriculado contra o embargo, desde que derogou a disposição do Cod. Com. que permittia a declaração da fallencia *ex-officio*. Rev. de Jurisp., vol 2. pag. 320.

A boa doutrina parece estar no accordam acima do tribunal bahiano.

¹ Decr. n. 916 de 1890, art. 11 § 2.º

² Ac. do Tribunal de Justiça de S. Paulo de 12 de Junho de 1894, na *Gaz. Jur. de S. Paulo*, vol. 5, pag. 320.

O Decr. n. 917 não marcou tempo para a prescripção da fallencia da sociedade dissolvida, como fez com relação á morte e a cessação do exercicio do commercio do devedor. Conclue-se, que a fallencia pode ser declarada em quanto não estão extinctas todas as responsabilidades sociaes. Dividam os socios entre si o activo da sociedade, os credores, nem por isso, ficão privados de requerer a fallencia.¹

Se a sociedade dissolve-se em virtude da morte de um dos sócios (Cod. Com. art. 335 n. IV) pode ser declarada fallida mesmo um anno depois desse acontecimento. Não tem applicação ao caso o art. 10 § 1.º do n. 917, porque o devedor não era o socio fallecido, mas a sociedade, individualidade juridica distincta e independente das pessoas dos sócios, que fica subsistindo até final liquidação.

SECÇÃO II

Obrigaçã mercantil liquida e certa

Summario. — 62. A forma juridica da actividade mercantil representada nas obrigações. Obrigações commerciaes e obrigações civis. — 63. A follencia suppõe devedor commerciante e uma obrigação mercantil. — 64. Distracção entre o

¹ Não é assim na legislação allemã e na suissa (*Cod. Fed. das Obrig.* art. 573, ai. 1.º), onde a partilha do activo pelos socios faz prescrever a fallencia.

Que *fundamento* e que *escopo* tem a fallencia de uma sociedade depois de o activo estar repartido entre os socios? Pergunta SRAFFA (*II Fall. delle Società Com.*, pag. 96), e responde:

Quanto ao *fundamento* acha-se na individualidade juridica que subsiste á partilha do activo social. Comprehende-se que para a lei e escriptores allemães, que fundamentam a fallencia social na existencia de um patrimonio por ai só, a falta deste impossibilite a declaração da fallencia da sociedade depois de dividido o sen activo entre os socios; mas admittida a personalidade jurica da sociedade como fundamento da fallencia, emquanto aquella existe esta é possivel.

patrimonio commercial e o civil do devedor. Critica á esta separação. — 65. Fusão destes dois patrimonios e concorrência de obrigações civis com obrigações commerciaes no caso de fallencia do devedor commnm. — 66. Consequencias desta fusão. -- 67. Somente o commerciante sob firma individual pode ter dividas civis; as sociedades commerciaes não as tem. Credores particulares dos socios solidarios. — 68. Dividas civis do commerciante que, sem ter socio, usa em suas transacções mercantis firma social. — 69. Para a declaração da fallencia deve a obrigação mercantil ser liquida e certa, seja principal, subsidiaria ou solidaria. — 70. Que é uma obrigação liquida e certa? — 71. As obrigações indicadas no art. 247 do Reg. n. 737 e aquellas a que se refere o art. 2.º da Lei n. 76 de 1892. - 72. As obrigações ao portador emittidas pelas sociedades conimanditarias por acções. — 73. Os bilhetes de ordem pagáveis em mercadorias. Synthese histórica deste instituto. Seu caracter juridico. — 74. Os Warrants. Synthese histórica deste instituto. Seu caracter juridico. — 75. Os recibos dos trapicheiros. — 76. Os cheques, seu caracter juridico. - 77. As notas dos corretores nas vendas a prazo sem indicação dos nomes dos vendedores e compradores. - 78. As contas mercantilmente

extrabidas de livros commerciaes com as formalidades da lei e judicialmente verificadas. A antiga jurisprudencia e o Decr. n. 917. - 79. Onde pode ser feita a verificação. — 80. Exame nos livros do devedor, seu processo é pena para o caso de recusa da apresentação dos livros. — 81. o devedor em caso nenhum pode discutir a qualidade de não commerciante no processo, deste exame. - 82. Exame nos livros do credor, casos em que tem logar. — 83. Os autos de exame são entregues ao requerente; da sentença não cabe recurso. — 84. Este exame serve somente para a abertura da fallencia.

62. A actividade mercantil manifesta-se sob formas multiplas e variadas, que assumem o character de obrigações, por isso que o Direito Commercial é essencialmente contractual.¹

A commercialidade da obrigação é toda objectiva. Se o conteúdo da obrigação é um acto commercial ella é mercantil, embora o

¹ Quanto ao *escopo* nós reconhecemos que a declaração da fallencia não pode chamar ao patrimonio social o que os socios dividiram entre si; a sociedade terá um credito para com os socios e poderá obrigar-os á restituição; mas se esta não se realisa effectivamente (e não poderá ter logar por parte dos socios solidariamente responsáveis porque são declarados fallidos ao mesmo) tempo que a sociedade, e portanto não gosam a disponibilidade do seu patrimonio sobre o qual tem de concorrer, indistintamente, e em proporção de seus créditos, os credores particulares dos socios e os credores sociaes), o direito de prelação por parte dos credores da sociedade não pode effectuar-se. Mas, a declaração da fallencia da sociedade tem sempre um fim, qual o de facultar a annullação de todos os actos com que depois da cessação de pagamentos alguns credores e mesmo os commanditarios se tenham beneficiado em prejuizo de outros credores.

VIDARI, (Corso vol. 9, n. 8883) e CUZZERI (IL Cod. Com. Sal. Commentado vol. 7, n. 998) entendem que encerrada a liquidação desaparece a razão de ser da fallencia social. A fallencia só pode ser declarada contra os socios solidarios pessoalmente.

sujeito activo e passivo não seja commerciante.¹ Se, porém, versa sobre actos completamente estranhos ao trafico commercial, isto é, sobre actos que não se podem juridicamente conceber como aptos para ajudarem, facilitarem, promoverem ou levarem a effeito o exercicio do commercio ou como dependentes deste mesmo exercicio² — a obrigação é civil. Um commerciante pode, assim, alem de obrigações mercantis, ser sujeito activo e passivo de obrigações civis.

63. A fallencia, como instituição eminentemente commercial, exige não só que o devedor seja commerciante (n. 47), mas que a obrigação também seja mercantil.³

Os credores por titulos não commerciaes têm de recorrer aos meios ordinários do processo para haverem o que lhes é devido por negociantes. As dividas civis por si sós não auctorisam a declaração da fallencia (n. 130).⁴

¹ SUPINO, *Dir. Com.* n. 93.

LORENZO BENITO, *Ensoyo de una introducción al estudio del Derecho Mercantil*, n. 55.: “como el derecho mercantil es más que nada derecho de contractación, adquiere en él el contrato una importancia excepcional...”

² Cod. Com. Tit. Unico, art. 19; Regulamento n. 737, art. 20.

ESTASÉN, *Derecho Mercantil*, vol. 7.º, pag. 10: “Antigamente o direito commercial era o direito dos mercadores; o conjuncto de disposições que affectavam á uma classe da sociedade, a classe mercantil, porém com o correr dos tempos e á medida que vão desaparecendo os privilegios de classe, preside o conceito do direito commercial uma relação mais immediata com os actos da vida, da especulação e do negocio, prescindindo das pessoas; de modo que o conceito moderno, por assim dizer, do direito commercial, é o conjuncto de disposições legislativas, jurisprudencia, doutrina juridica, usos e costumes mercantis, *que regulam os actos da vida mercantil, sejam ou não commerciaes os que pratiquem.*”

³ MANARA, *Atti di Commercio*. n. 47.

⁴ Decr. n. 917, art. 1.º §. 2.º, 2.º al. Na vigência da parte III do Cod. Com. era muito duvidoso se a cessação de pagamentos de que falava o art. 797 referisse também ás dividas civis. OBLASDO, *Cod. Com.*, nota 1233 (questão in fine) compendia a jurisprudencia vento dos tribunaes.

HOLLANDA CAVALCANTE (Informações, pag. 23) sempre entendeu que o credor civil podia requerer a fallencia desde que o devedor commerciante tivesse cessado pagamentos

MACEDO SOARES (Reflexões, n.º Direito, vol. 51, pag. 325, diz: “Se pode a cessação de pagamento de dividas civis constituir o estado de fallencia, ou se exclusivamente a de dividas commerciaes, depois de muito debatido pelos escriptores e tribunaes francezes e

64. A lei separa, assim, o patrimoimo civil do patrimonio commercial do devedor.

Esta dualidade de patrimonios, admittida tambem por algumas leis estrangeiras, tem sido fortemente combatida, allegando-se: — 1.º não ser possivel distincção clara e perfeita entre os actos que um individuo que exercita o commercio pratica como commerciante e como não commerciante, attendendo-se, principalmente, a que o credito não é susceptivel de solução de continuidade e não pode ser abalado em uma qualidade sem que na outra se resinta também a acção reflexa deste phenomeno; 2.º que a fallencia limitada ás obrigações commerciaes pode proporcionar um meio facil de fraude e ardil ao commerciante de má fé e abrir porta a discussões e controvérsias por occasião da declaração da fallencia; 3.º que o credor por titulo civil, ficando sujeito a todas as consequencias, da fallencia deve estar nas mesmas condições do credor por titulo commercial para poder requerel-a; 4.º emfim, que admittida a fallencia somente, por obrigações mercantis, devia a lei, para ser lógica, admittir também que os não commerciantes fossem declarados fallidos quando faltassem ao pagamento de obrigações decorrentes de actos commerciaes.¹

Incontestavelmente muito procede a observação de VIDARI, quando diz que aquella distincção entre dividas civis e dividas

belgas, foi resolvido pelo novo Cod. Com. da Itália, art. 683, que só se constitue em estado de fallencia o commerciante que cessa os seus pagamentos por dividas commerciaes. Não me louvo nessa solução; pois sigo a opinião de RENOARD, do Tribunal de Nancy, em accordam de 30 de Julho de 1843, do de Bruxellas, em accordam de 17 de Abril de 1810, admittindo com ALAUZET, quando menos que a cessação de pagamento de dividas civis pode concorrer para determinar o estado de insoivabilidade em relação as dividas commerciaes. Com effeito, pondera o tribunal de Nancy, não se pode admittir que um negociante, que houvesse cessado o pagamento de dividas civis, e estivesse por isso em manifesto estado de insolvencia podesse, entretanto, continuar a negociar e escapar á declaração da quebra, contrabando novas dividas civis e deixando de pagar-as, para poder fazer face aos seus compromissos commerciaes. Nem podia a lei sancionar tão anormal situação; pois, quem exerce a profissão do commercio é obrigado a honrar todos os seus negocios, todas as suas transacções e obrigações, sejam de que natureza forem, sob pena de ser declarado em completo estado de fallencia. Não me parece fundada a critica que a esse accordam fazem DELAMARRE ET LE POITVIN”.

¹ CAVO, La Cessazione dei Pagamenti, pag. 23, nota 2.

commerciaes ficticia, pois muitas vezes as dividas civis são constituídas para auxiliar os negocios commerciaes sendo ainda certo que todos os bens do devedor respondem por todas as suas obrigações.¹

Todos os bens do devedor, escreve brilhantemente Renouard, são o penhor tanto das suas dividas civis como das commerciaes. A execução forçada de um credito civil trará aos negocios commerciaes do devedor desordem igual a que traria a execução de outro qualquer titulo. Como dividir o seu estado? Como estabelecer que elle possa ser em parte solvavel e em parte insolvavel?²

A tendencia das legislações, esclarecida pela doutrina scientifica, é supprimir a distincção entre aquellas dividas.

O legislador brasileiro, seguindo a inspiração de alguns códigos estrangeiros, achou talvez perigoso que a falta de um pagamento de divida civil, ou a administração do patrimonio particular, influissem na vida mercantil do devedor, e receiou offender o conceito fundamental que imprimiu á fallencia de instituição exclusivamente commercial.

65. As dividas civis do commerciante são accionadas no juizo commum, e ahi pode ser estabelecido o concurso de preferencia sem que este facto auctorise a fallencia do devedor.³

Aberta, porém, a fallencia por divida commercial muda a situação. O estado de fallencia é *indivisivel*, abrange a universalidade dos bens do devedor, inclusive os particulares fora do gyro mercantil;⁴ não mais existe scisão entre a pessoa commerciante e a não commerciante. O juizo da fallencia absorve então aqui o juizo commum, pois, na phrase de um grande processualista, os juizos que exigem celeridade attrahem

¹ Corso, vol. 8, n. 7662.

² Traité des faillites ,vol 1, pag. 275.

³ Decr. n. 917, arg. contrario do art. 1.º § 1.º, k.

⁴ Decr. n. 917, art. 36, c.

sempre os juízos ordinários que lhes são connexos; o credor por titulo civil participa das vantagens da execução commercial sobre a totalidade dos bens do devedor. Deste modo as dividas civis vêm concorrer com as commerciaes na fallencia do devedor commum.¹

Esta absorpção é também necessaria para acautelar os interesses dos credores commerciaes; em virtude della a lei declara nullos muitos actos de natureza civil praticados pelo fallido, taes como doações, renuncias á successão, legado ou usufructo, etc, etc.

66. Em consequência da fusão de dividas civis e commerciaes, operada pela fallencia do commerciante sob firma individual:

1.º O fallido fica privado tambem da administração de seus bens particulares fora do gyro commercial; estes bens são arrecadados para a massa.²

2.º Os credores civis:

a) têm os seus créditos desde logo exigiveis (n. 210);

b) são convocados para as reuniões;³

¹ E' este o sentido que damos á primeira parte do art. 1.º § 2.º do Decr. n. 917: *divida civils podem concorrer com obrigações mercantis para constituir o estado de fallencia*. Esta disposição resente-se de grave defeito em sua redacção.

Divida civil não auctorisa a declaração da fallencia; a lei exige terminantemente *obrigação mercantil*. Se o devedor não pagou dividas civis e commerciaes, a fallencia é aberta não em razão desta concorrência de dividas, mas pela simples actuação da divida mercantil. A que proposito veio, pois, esta referida concorrência de dividas no art. 1.º § 1.º do Decr. n. 917? Seria explicavel a existencia de tal disposição se entre nós a fallencia se caracterisasse não pela falta de um só pagamento de obrigação mercantil, mas pela insolvabilidade do devedor.

Quererá a lei dizer que os credores por titulo civil podem requerer a fallencia do seu devedor commerciante provando que elle deixou de pagar a outros credores obrigação mercantil?

Isto, porém, não se deduz do texto legal.

² Decr. n. 917, arte. 18 e 36, c.

³ Decr. n. 917, art. 38 § 1º

c) tomam parte nas deliberações, votam para a nomeação de syndicos definitivos, ficam sujeitos aos efeitos da concordata,¹ gosam enfim os mesmos direitos dos credores por titulo mercantil.

67. Somente tem dividas civis o commerciante sob firma individual, porque só elle pode ter um patrimonio familiar e extranho ao gyro do commercio. A sociedade mercantil não as tem; o seu fim exclusivo é commerciar, especular.

Mas a fallencia da sociedade acarreta a dos socios pessoal e solidariamente responsáveis, e estes podem ter dividas civis, pois formam individualidades juridicas distinctas da sociedade.

A posição destes *credores particulares* dos socios será estudada opportunamente.

68. Succede, não raro, que o commerciante, sem ter socio, usa suas transacções mercantis o seu nome com o additamento — e *companhia* —; então, sendo ficticia a firma, e proibida por lei (Decr. n. 916 art. 3.º), os credores a titulo civil deste commerciante entram em concorrência com os credores commerciaes da firma simulada. A verdade dos factos deve sempre triumphar. Tanto uns como outros vêm á fallencia do devedor commum, no mesmo pé de egualdade.

69. Para auctorisar a declaração do estado de fallencia a obrigação mercantil deve ser *liquida e certa*,² pouco importando que seja principal, subsidiaria ou solidaria.

O Decr. n. 917, no art. 2.º, teve a cautela de enumerar as obrigações mercantis liquidas e certas que podem servir de alicerce á execução collectiva sobre os bens do devedor.

¹ Decr. n. 917, art. 45 § 4.º

² Decr. n. 917, art. 1.º pr.

70. Não obstante a previdência legislativa, desperta interesse em explanação de algumas idéas geraes sobre as obrigações mercantis liquidas e certas, pois duvidas podem surgir reclamando prompta solução.

Liquido, do verbo latino *liquet*, significa o que é manifesto, claro, certo, evidente; *liquidum est constans et manifestum et certum*.

E' liquida uma obrigação quando á vista delia não se pode duvidar — *an, quid, quale, quantum debeatur*.¹

Neste sentido geral, pode-se dizer, a divida *liquida* comprehende a divida *certa*.²

a) *An debeatur*, isto é, a existencia certa da divida é a primeira condição para a sua liquidez.

Duvidas sobre a sinceridade do documento, falta de titulo escripto obscuridades que se não podem aclarar sem o recurso de provas extranhas, questões de erro, dolo, simulação e outras análogas, eis incertezas que tornara illiquida a divida.³

Pelo simples facto de ser contestada não se torna illiquida a obrigação;⁴ se assim fosse, impossível seria declarar a fallencia contra a

¹ ALMEIDA E SOUZA, Sumariarias, vol. 1." pag. 613, ensina que ha duas especies de liquidez;

a) *quando in certitudo versatur circo, quantitatem seu valorem*;

b) *quando vertitur circa rem debitam, aut personam obligatam, vel circa casum obligationis*.

² No emtanto, rigorosamente falando, differencam-se. Divida *liquida* è a determinada pela respectiva espécie, quantidade e qualidade; *certa*, a que èl provada pelos meios competentes. LACERDA, *Obrigações*, § 79 e notas 4 e 8.

³ GIORGI, *Obbligazioni*, vol. 8, n. 20.

⁴ LACERDA, *Obrigações*, § 79, nota 4

- As questões de direito não produzem illiquidez, devendo sempre o juiz resolver-as, em sua sciencia, sem necessidade de provas. GIOEGI, *Obbligazioni* vol. 8, n. 20. A

"VINNIO, *Selecta juiris quast.*, lib. I, cap. 59: "liquidam debitam est illud existimandmn, quod juris tantuni qucesionem habet; velati si quoeratur, cui in contraetibus bonoe fidei usurce debeantur ex mora".

vontade do devedor. A contestação para ser attendivel deve-se fundar em justa razão de direito.

b) *Quid, quale debeatur*. Não é liquido o credito quando se não sabe precisamente qual a cousa devida. Assim, são illiquidas as dividas por perdas e danos em quanto não taxados; as alternativas enquanto o devedor não faz a escolha, ou não tenha sido constituido em mora; as prestações não determinadas; e as de fazer e não fazer porque se reputara resolúveis em obrigações de perdas e danos.¹

As obrigações sem prazo certo para o vencimento não são illiquidas. São exigíveis dez dias depois da sua data (Cod. Com. art. 437).

c) *Quantum debeatur*. E' essencial que seja determinada a quantidade da divida, para a exacta responsabilidade do devedor.

A amortisação de parte da divida não a torna illiquida.²

71. Examinemos, agora, as obrigações mercantis que o Decr. n. 917, no art. 2.º, considera liquidas e certas e cora força para auctorisar a abertura da fallencia:

A — As indicadas no art. 247 do Regul. n. 737 de 1850. Taes são:

1.º as escripturas publicas e instrumentos que são como taes considerados pelo Codigo e leis civis:

2.º os instrumentos de contractos commerciaes.³

¹ POTHIER, *Traité des Obligations*, n. 179; CLOVIS, *Dir. das Obrigações*, § 29.

² ALMEIDA OLIVEIRA, *Assignação de dez dias*, pag. 90; decisões n'0 Direito, vol. I.º, pag. 145; vol. 6, pag. 485 e vol. 9, pag. 305.

³ As certidões extrahidas dos livros, com referencia á folha em que se acharem escripturados, sendo pelos mesmos corretores subscriptas e assignadas, terão força de instrumento publico para prova dos contractos respectivos. Cod. Com. art. 52; Decr. n.

3.º as letras de cambio e aquellas que, conforme o Cod. Com, tem a mesma força e acção (arts. 425, 635 e 641 do Cod.);

4.º as notas promissorias, ou escriptos de transacções commerciaes (arts. 22 e 426 do Cod.);

5.º os conhecimentos de frete (art. 587, Cod.);¹

6.º as apólices ou letras de seguro para haver o segurador o premio do seguro (art. 675, Cod.);

7.º as facturas e contas de géneros vendidos em grosso (art. 219), não reclamadas no prazo legal,² sendo assignadas pela parte;³

Temos a accrescentar em 8.º lugar: os instrumentos particulares de obrigações e compromissos a que se refere o art. 2.º da Lei n. 79 de 23 de Agosto de 1892. Estes titulos são também liquidos e certos e podem servir para a abertura da fallencia.⁴

72. B — *As obrigações ao portador (debentures) e os respectivos coupons para pagamentos de juros, emittidos pelas sociedades cornmanditarias por acções.*

2475 de 13 de Março de 1897 (Regul. dos Corretores de fundos públicos da Capital Federal) art. 62.

¹ Bem entendido, Bendo passados com as formalidades do art. 575 do j Cod. Com., porque, de outro modo, não têm força de escriptura publica. Cod Com. art. 587. Repetição escusada. Estes titulos já se achavam incluidos no n. 1.º

² O prazo legal é o de dez dias subsequentes á entrega e recebimento da factura. Cod. Com., art. 219.

³ O vendedor deve apresentar ao comprador, em duplicado, no acto da entrega das mercadorias, a factura ou conta dos generos vendidos, sendo por ambos assignadas, ficando uma na mão do vendedor, outra na do comprador. J Cod. Com., art. 219.

⁴ Dispõe esse art. 2.º: "As pessoas habilitadas para os actos da vida civil podem contrahir por instrumento particular, feito e assignado de seu punho e com duas testemunhas, obrigações e compromissos qualquer que seja o valor da transacção, exceptos aquelles casos em que a escriptura publica é da substancia do contracto".- A Lei do Estado do Bio de Janeiro, n. 43 A de 1.º de Março de 1893, que decretou a organização judiciaria, no art. 255, estabelece: "No art. 247 do Regul. n. 737 de 1850 ficão comprehendidos os instrumentos particulares dr obrigações e compromissos, a que se refere o art. 2.º da lei federal n. 79 de 23 de Agosto de 1892".

Esta disposição, como se ve, refere-se unicamente á uma classe de devedores: ás sociedades commanditarias por acções.

Estas sociedades podem, como as anonymas, contrahir empréstimos em dinheiro, dentro & fora do paiz, emittindo para esse fim obrigações ao portador.¹

73. C — Os bilhete" de ordem pagarei" em mercadoria.

O instituto dos bilhetes de ordem pagáveis em mercadorias é de recente criação entre nós, instrumento poderoso para desenvolvimento do crediti agrícola móvel, foi introduzido pelo Decr. do Gorerno Provisorio n.º 370 de 2 de Maio de 1890, arta. 379 e seguintes.²

Desconhecido por muitas legislações, entre as quaes a franceza, expressamente prohibido por outras, como a prussiana, com roceio de que servisse de alimento ás especulações da bolsa na Itália, entretanto, aquelle instituto acha-se muito desenvolvido sob a

¹ A nossa legislação a esse respeito acha-se: — no Decr. do Governo Provisório n. 164 de 17 de Janeiro de 1890, art. 42 em referencia ao art. 32 e seus §§; Decr. n. 434 de 4 de Julho de 1891 (Consolidação das leis sobre as sociedades anmymas), art. 230 em referencia ao art. 32 e seus §§ do Decr. cit. n. 1

Posteriormente a Lei n. 177 A de 15 de Setembro de 1893 regulou a emissão de empréstimos debentures das companhias ou sociedade anônimas, e não ampliou expressamente as suas imposições ás sociedades anônymas por acção. Vide n. 216 e nota correspondente.

O Decr. N. 2159 de 22 de Maio de 1897 deu regulamento para a execução do art. 5º da Lei n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, isto é, sobre o accordo que com os portadores de obrigações preferenciaes pode fazer a sociedade anonyma que se achar em estado de insolvência ou de liquidação. Este acordo do Poder Executivo Federal foi fortemente atacado na imprensa e no congresso, como inconstitucional. O que é exacto é que foi uma medida eccasional para servir á liquidação da Companhia Leopoldina, e todos conhecem o valor desses regulamentos ad rem.

² Consulte-se a Exposição apresentada ao Chefe do Governo Provisorio pelo Ministro da Fazenda, o eminente CONS. RUY BARBOSA, por ocasião de levar á assignatura daquelle chefe o Decr. N. 165 de 17 de Janeiro de 1890. Diaria Official, Janeiro de 1890, pag, 257 .

denominação de *ordine in derrate*, e no Cód. Com. Dessa nação, arts. 333 e seguintes, inspirou-se o legislador brasileiro de 1890.¹

Na Itália, convem dizermos, não appareceu modernamente com o ultimo Cod. de 1882, mas é de origem tradicional; as leis de 1808 do ex-Reino das Duas-Sicílias, e as de 1819 do Napolitano já conheciam.

O caracter juridico da *ordine in derrate* do antigo direito italiano era, porém, muito diverso do do actual. Allí representava a continuação e execução de um precedente contracto de compra e venda, concluido entre o sacador emissor e o acceitante do titulo, de modo que por meio delia o vendedor ordenava a quem tinha em deposito os seus productos agrícolas entregal-os ao comprador ou á ordem deste. No direito moderno italiano, porém, taes titulos são verdadeiras obrigações á ordem por si mesmos, e participam da natureza das letras de cambio, das quaes differem somente pelo objecto, pois naquelles titulos este objecto é *producto agricola* (derrate), nestas *dinheiro*).²

O Cod. Com. Italiano de 1865 já os admittia também como meio de facilitar aos agricultores a obtenção de dinheiro vendendo antecipadamente as suas colheitas,³ e VIDARI informa-nos que nos paizes agricolas servem de muito. Em virtude delles faculta-se a permuta, por assim dizer, dos productos agricolas (derrate) por dinheiro ou por outro valor, creando-se deste modo um novo titulo de credito para facilidade

¹ RUBEN DE COUDER, Dic. Com., verb. Billet en marchandise: Dá-se esta denominação a um bilhete pelo qual o subscriptor se obriga a entregar natureza e qualidade determinada. Ao contrario do que acontece na maioria dos casos, é como se ve, o subscriptor do bilhete que entrega valores em troca de uma quantia em dinheiro fornecida pelo beneficiario.

TOUZAUD, Des effects de commerce, pag. 278: Na França o uso o estabeleceu, mas seu emprego é muito restricto. A forma da letra de cambio que revestem as facturas, as ordens de entrega, os conhecimentos, traz maiores vantagens ao commercio.

² VIDARI, Corso, vol. 8.º, n. 7500; SUPINO, Dir. Com. n. 346. O Cod. Com. Italiano admite somente o bilhete tendo por objecto producto agricola (*derrate*). VIDARI, Obr. cit., ns. 7605 e 7506, censura a omissão deste codigo que não reconhece os bilhetes propriamente de mercadorias (*merci*) e diz que o uso vencerá a lei.

³ SUPINO, Dir. Com., n. 346.

dos negócios, e para sobre as colheitas futuras obter-se dinheiro e credito no presente.¹

Tal é também o conceito dos *bilhetes de ordem pagaveis em mercadorias*, segundo o nosso direito.

Elles não tiveram ainda uso e são mesmo desconhecidos da generalidade dos nossos fazendeiros e do commercio.

Não ha inconveniente, nem prohibição legal de serem subscriptos por commerciantes. O art 397 § 3." do cit. Decr. n. 370 fala destes titulos quando firmados por negociante, e a expressa menção delles no Decr. n. 917, que disciplina um instituto essencialmente mercantil, afastou toda a duvida.

Os *bilhetes de mercadorias* gosam as garantias das letras de cambio.²

Estes titulos não constituem a expressão de um contracto de compra e venda, creando obrigações bilateraes, isto é, concedendo ao responsavel a faculdade de deixar de entregar quando não receba o preço da mercadoria promettida.

A sua emissão e negociação escreve Marghieri, não presuppõem essencialmente nenhum contracto especial; é verdade que frequentemente se ligam a um contracto de compra e venda, mas podem tambem se referir a um contracto de comissão, de deposito ou outro qualquer, tal como se dá com a letra de cambio.

O contracto que surge por effeito da emissão, da negociação e da acceitação, é unilateral; o possuidor tem todos os direitos, o devedor

¹ VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7502.

² Decr. n. 370 de 1890, art. 379.

— O art. 380 deste Decr. sujeitou á fallencia os signatarios(commerciantes e não commerciantes) dos bilhetes de mercadorias. Os signatários não commerciantes não estão hoje sujeitos á fallencia (Vide n. 55)

todas as obrigações, e nenhuma disposição de lei justifica a não entrega da mercadoria por falta do pagamento do preço. Se assim não fosse estaria inteiramente transformada a função do título e o contracto deixaria de ser literal.¹

Demonstra-se deste modo que os bilhetes de mercadorias são verdadeiros títulos de dívida líquidos e certos.²

74. D — Os warrants. A instituição dos warrants appareceu pela primeira vez na Inglaterra com a construção das primeiras docas no Tamisa (1802), desenvolvendo-se organicamente com o grande commercio, e annexa às vendas publicas realizadas nos armazens das docas.³

D'ahi passou aos costumes commerciaes da Hollanda, e mais tarde a França (1848, 1858 e 1870), a Bélgica (1848, 1862), a Hespanha

¹ MARGHERI, Dir. Com., vol. 30, n. 2284.

² Sobre este interessante instituto dos bilhetes de mercadorias, consulte-se com real proveito a preciosa monographia do sr. VISCONDE DE OUBO PRETO, *Credito MoveL pelo Penhor e o Bilhete de Mercadorias*. - Algumas ideas geraes:

Estes bilhetes devem conter: a) a data; b) a qualidade das mercadorias consignadas; c) o nome e prenome da pessoa, a cuja ordem se deve fazer a consignação; d) a epocha em que esta ha de fazer-se; e; o valor, como nas letras de cambio. Art. 379 § 1.º do Decr. n. 870.

— A lei não exige a declaração da quantidade da mercadoria, mas está isto subentendido. Usando as expressões — das mercadorias consignadas — está claro que devem ser declaradas não só a quantidade como a espécie da mercadoria, pois, de outro modo, o objecto da obrigação ficaria indeterminado.

— O prazo do vencimento dos bilhetes de mercadorias deve ser fixo afim de que estes se não tornem meras obrigações (art. 379 § 3.º do Decr. n. 370), isto é, a fim de que não percam as garantias de letras de cambio, passando á jurisdição civil ou commercial, conforme a sua natureza. E' esta tambem a doutrina do Cod. Italiano, art. 335, na qual se inspirou o nosso legislador.

Nulla o bilhete de mercadoria por não reunir as condições legais, o contracto não se annulla, vale como obrigação e fica sujeito ás disposições legais que regulam estas (Regul. n. 737, arg. dos arts. 690 e 691; Decr. n. 370, arg. do art. 379 § 3).

— As disposições communes ás letras de cambio, e aos bilhetes de ordem em que se estipule o pagamento em dinheiro, são igualmente applicaveis aos [bilhetes de ordem pagáveis em mercadorias (Decr. n. 370, art. 379 § 2.º)]. Por consequente a transferência por via de endosso, direitos do sacador, do portador, do sacado e acceitante, protestos etc, etc. são regulados pelas mesmas disposições das letras de cambio.

³ MAURICE BLOCK, na *Introducção ao Traité de Magasms Généraux* de DAMASCHINO, pag. XIX; VIDARI, / *Magazzini Generali*, n. 4. Consulte se também BRUNO-DUBRO, na recente obra *Docks t& Warrants*.

(1862), a Áustria (1866 e 1889), e a Russia (1888) vieram ao encontro do commercio e da industria creando legislativamente os *armazens geraes*, isto é, estabelecimentos destinados a receber era deposito para serem guardadas e conservadas as mercadorias, materias primas e objectos fabricados que o seu proprietario queira ou não vender de prompto ou tenha a intenção de exportar, reexportar, importar ou de fazel-as por alli simplesmente transitar.

Taes estabelecimentos realisam duplo fim.

1.º guardam e zelam as mercadorias, nelles depositadas, qualquer que seja a proveniência ou destino;

2.º mobilisam as mercadorias, emittindo titulos especiaes negociaveis na praça e transferiveis por endosso.

Esta mobilisação da mercadoria depositada torna-a immediatamente realisavel, facilita a sua circulação, simplifica as operações que sobre ella queira o dono fazer, desenvolve o credito permittindo que a mercadoria trabalhe como capital, traz, em summa, apreciabilissimas vantagens ao commercio.¹

Tudo isto se consegue com a emissão de dois tiulos entregues simultaneamente ao depositante, mas separavel um do outro, á vontade, para os fins que se tenha em vista, e sem que a mercadoria se desloque.²

¹ DALLOZ, Répertoire, verb. *Warrants*, n. 4. “La lettre de ohange et le billet à ordre mobilisent une partie de la propriété commerciale; la lettre de gage des sociétés de orédit foncier mobilise la propriété immobilière; les actions et les obligations mobilisent la propriété industrielle; le *warrant* sert á mobiliser les valeurs en approvisionnements de marchandises; le choque procure la mobilisation du fonds de reserve destine aux besoins domestiques”.

² Na Inglaterra emite-se um só titulo, o *warrant*. A França, a Bélgica e a Áustria, em começo, admittiram o systema do titulo único; hoje adoptam o do titulo duplo. — O Decr. n. 4450 de 8 de Janeiro de 1870 mandava emittir um só titulo, o *warrant*; o Decr. n. 2502 de 24 de Abril de 1897 adopta o systema do titulo duplo.

Um destes titulos, que é propriamente o recibo passado pelo armazem, prova o direito de propriedade ou de livre disposição da mercadoria por parte do depositante; é destinado a servir de instrumento de venda ou cessão. E' o *conhecimento de deposito*.

O outro tem fira diverso. Desempenha as funcções de instrumento de credito; dá ao portador um direito real sobre a mercadoria até á concorrência do valor que ella representa (valor que é enunciado por ocasião do primeiro endosso); e serve para transferir a posse do penhor, passando livremente de mão em mão gosando entre os banqueiros favor equal ao da moeda corrente. E' o *warrant*.

Estes dois titulos funccionam conjuncta ou separadamente.

As diversas operações a que dão logar as mercadorias depositadas resumem-se no seguinte:

O depositante quer levantar dinheiro sobre ellas?

Transfere por endosso o *warrant* ao mutuário.

O endosso do *warrant*, por si só, separado do conhecimento de deposito, importa uma garantia, e confere ao mutuário, sobre a mercadoria depositada, todos os direitos do credor pignoratício sobre a coisa dada em penhor. Este direito de penhor acompanha o *warrant* por todas as mãos por onde passe em virtude de negociações successivas.

O proprietário quer dispor das mercadorias depositadas?

Se estão gravadas com penhor, isto é, se o *warrant* foi negociado, transfere ao comprador o conhecimento do deposito que conservou comsigo, e o comprador torna-se proprietário da mercadoria, mas com a obrigação de pagar a importância do credito garantido pelo endosso do *warrant*.

Se as mercadorias não estão oneradas do penhor, o depositante, que em seu poder deve ter os dois titulos, transfere-os ao comprador e, pelo endosso, a propriedade das mercadorias depositadas passa pura e simplesmente para o comprador.

Eis o mecanismo da instituição em sua nudez, ou na sua maxima simplicidade, em seu fundo essencial.

Não se conclua do que fica exposto que o *warrant* é um simples instrumento de emprestimo sobre penhor. Não. A tendência moderna é considerar o *warrant* como um instrumento de circulação da mercadoria e desde logo de compra e venda.¹

A lei n. 1746 de 13 de Outubro de 1869 que auctorisou o governo à contractar a construcção, nos differentes portos da Republica, de docas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação, no art 1.º § 6.º dispõe: "Poderá o governo conceder às companhias de docas a faculdade de emittir titulos de garantia das mercadorias depositadas nos respectivos armazens, conhecidos pelo nome de *warrants*. Em regulamento especial deverá estabelecer as regras para emissão desses titulos e seu uso".

Tal foi a primeira disposição legislativa que entre nós falou em warrants.²

¹ Alix SAUZEAU, Manuel des Docks, des ventes publiques et des warrants, pag. 98 e 127; MAURICE BLOCK, na Introdução ao Traité des Magazins Généraux de DAMASHINO, pag. XXIX.

² Encontramos, porém, a idéa destes titulos, em estado rudimentar, em actos anteriores. O Regulamento das Alfandegas e Mezas de Rendas, organizado em virtude de auctorisação legislativa e publicado com o Decr. n. 2647 de 19 de Setembro de 1860, creára os conhecimentos ou bilhetes de deposito das mercadorias recolhidas nos armazens das alfandegas e nos entrepostos particulares, trapiches, armazens ou depósitos alfandegados, titulos estes transferíveis por endosso (arts. 262 a 268, 281 e 283).

Alguns estabelecimentos bancários da praça do Rio de Janeiro tentaram, mas sem resultado, negociar sobre estes titulos.

O governo sem haver ainda celebrado nenhum contracto para melhoramento de portos e construcção de docas, ou melhor, sem que existissem aquellas companhias, deu pelo Decr. n. 4450 de 8 de Janeiro de 1870 o *regulamento para a emissão de titulos de garantia das mercadorias depositadas nos armazens das Alfandegas ou companhias de docas*.

Este regulamento foi substituido por outro publicado pelo Decr.n. 2502 de 24 de Abril de 1897.¹

Em virtude do art 6.º deste Decr. n. 2502, o portador do *warrant* não pago e protestado, dez dias depois do protesto publicado pela imprensa, tem o direito de fazer vender a mercadoria warrantida em leilão, independente das formalidades judiciaes.

Se entre nós tivesse acceitação a instituição, difficilmente se requereria a fallencia com fundamento no art. 2.º, d, do Decr. n. 917, pois ninguem deixaria esse meio rapido de execução pela fallencia.

78. E — Os recibos dos trapicheiros. O Cod. Com., no art 88 n. III, impoz aos trapicheiros a obrigação de passarem recibos,¹

¹ O Decr. n. 2502 de 1897 resente-se de gravissimos defeitos.

O desenvolvimento commercial de algumas praças da Republica aconselhava que se estudasse melhor o assumpto, fundando se sob bases scientificas e praticas a instituição do credito sobre mercadorias, de modo a divulgar o utarrant, destinando-o ao verdadeiro, papel que lhe está assignalado no grande pbenomemo da circulação.

Muito mais avisado teria andado o Governo provocando a intervenção do Poder Legislativo, único competente para legislar sobre objecto de tanta magnitude e ligado a altos interesses economicos e commerciaes.

Para que o commercio gose as vantagens da instituição e esta se generalise, faz-se mister que a nossa legislação dê plena Uberdade á emissão dos warrants, acabando com o monopólio legal das alfandegas e companhias de docas e desastradamente ampliado, pelo Decr. n. 2502 de 1897, aos armazéns das estradas de ferro; é preciso que disposições sábias, moldadas nas licções da experiencia das nações commerciaes, a elevem, rodeando de garantias e ao mesmo tempo simplificando e facilitando o mais possivel a sua interessacate engrenagem.

Vide o estudo que sobre este importante e actual assumpto publicamos n' *O Direito*, vol. 77, pags. 1, 161, e 321.

A Lei n. 559 de 31 de Dezembro de 1898 (orçamento da receita federal para o exercicio de 1899), no art. 3 n. IX, auctorisou o Governo a permittir a criação de *armazens geraes*, e a facultar a estes o estabelecimento de *salas de vendas publicas* voluntarias de mercadorias de importação e exportação.

declarando as qualidades, quantidades, números e marcas; fazendo pesar, medir ou contar, no acto do recebimento, aquellos generos que forem susceptiveis de ser pesados, medidos ou contados.

Taes recibos não podem offerecer duvida e definem claramente a responsabilidade do trapicheiro, depositário da mercadoria armazenada.

Comquanto fossem os trapicheiros considerados pelo Codigo *agentes auxiliares do commercio*, estão sujeitos á fallencia (n. 54).

Note-se, porém, que para os *recibos dos trapicheiros* constituirem obrigação liquida e certa é mister que conste delles, ou de documento a elles annexo, o pagamento do aluguel ou armazenagem.

O trapicheiro, se não está pago, pode exercer o direito de retenção sobre a mercadoria depositada, e consequentemente negar-se a entregal-a.²

76. F — Os Cheques. O Cod. Com. não fala destes titulos, e a nossa legislação sobre esta matéria limita-se á lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860 (art 1.º § 10); Decr. n.º 3323 de 22 de Outubro de 1864 e Lei n.º 177 A de 15 de Setembro de 1893, art 3 § 3.

Prohibindo estas leis a emissão de bilhetes è outros escriptos ao portador, permite entretanto os recibos³ e mandatos ao portador

¹ O Decr. n. 2573 de 3 de Agosto de 1897 (Regulamento do sello de papel) chama estes *recibos* — *guias de deposito* e isenta-os do sello fixo (art. 13 n. 20).

² Cod. Com. arts. 96 e 97.

³ Quanta falta de cuidado na elaboração das leis!

O legislador de 1893 repete a palavra *recibos* usada pelo de 1860, e tão contraria ao modelo que deu o Decr. n. 3323. Vide SOUZA PINTO, Dicc. da Legislação Com. Braz., verb. *Cheques*, nota 108.

passados para serem pagos na mesma praça, em virtude de contas-correntes.¹

Taes *mandatos* e *recibos* devera ser de quantia superior a 100² e apresentados ao banqueiro no prazo de 3 dias, contados das respectivas datas, sob pena de perder o portador o direito regressivo contra o passador.³

Estes *mandatos* ao portador, conhecidos sob o nome de cheques⁴ suppoem um deposito irregular, em poder de ura banqueiro, era conta corrente.⁵

O cheque vem a ser o instrumento de um contracto de deposito, um *mandato de pagamento*⁶ e não um instrumento de credito;

¹ Decr. n. 3323, art. 2.º § 2.º; Lei n. 177 A, art. 3, § 3. O Decr. n. 3323 deu o modelo destes titulos. A forma dos cheques pode ser diversa do modelo legal; em todo o caso, o que contiver a clausula ao portador, deverá conter, sob as penas da lei, o seguinte: 1.º declaração onde é passado o titulo e data da emissão; 2.º designação do banco ou banqueiro do mesmo lugar a quem fôr dirigido, para o pagamento; 3.º declaração por extenso, no corpo do titulo, da quantia cujo pagamento se ordena; 4.º assignatura do passador, isto é, seu nome ou razão social. Art. 9.º

² Lei n. 177 A art. 3 § 3. Antigamente era de 50\$000. Lei n. 1083, art. 1- § 10; Decr. 3323, art. 9, n. 3.

³ Lei n. 1083, art. 1 § 10 *in fine*; Decr. n. 3323, art. S.; Lei n. 177A, art. 8 § 3., 2.º al.

⁴ A expressão *cheque* está tambem introduzida em nossa legislação. Alem do Decr. n. 917, art. 2.º, f, podemos indicar, entre outros actos, a Lei n. 359 de 80 de Dezembro de 1895, (orçamento da receita federal para 1896) art.1.º n. 27 e o Deor. n. 2573 de 8 de Agosto de 1897 (sello federal), art. 17 n. 14; art. 87 n. 3; tabella B § 4 n. 1.

⁵ Decr. n. 3323, art: 9. n. 2, verbis: *com quem o passador tenha conta-corrente*; Lei n. 177A, art. 3 § 8., verbis: *em virtude de contas-correntes*.

⁶ TOUZAUD, *Des effets de Commerce*, pag. 147: "Le cheque est un mandat de paiement, delivré par une personne, au profit d'une seconde sur une troisième nantie de fonds disponibles".

— Sendo o cheque um mandato de pagamento decorrem d'ahi os corollarios seguintes: a) Por sua natureza o cheque é: 1.º a vista (Decr. n. 3323, art. 3.º); 2.º contra pessoa determinada (Decr. cit. art.9 n. 2); 3.º á ordem quer do próprio passador, quer de um terceiro, quer mesmo do portador (Decr. cit. art. 8.º). b) A morte ou a fallencia do passador annulla o cheque se este ainda não foi pago; o banqueiro não pode mais satisfaze-lo, e se paga está obrigado a repetir. O portador do cheque nenhum direito tem sobre a provisão de fundos e o banqueiro até á ocasião de receber o cheque não contrahe para com o portador nenhuma obrigação de pagal-o (SUPINO, IL Cod. Com. Ital.. Commentado, vol. 3.º n. 672). A morte acaba o mandato (Cod. Com. art. 157 n.

por essa razão não é sujeito a desconto. Desempenha também outra função não menos importante como meio de liquidação. Aquelle que o recebe, ordinariamente, entrega-o a seu banqueiro e este, em vez de receber do collega contra quem é passado a quantia em dinheiro, compensa-a nas contas que com elle mantém, de modo que o cheque acaba por ser pago sem transporte material de dinheiro, com um simples traço de penna.¹

O *cheque* somente é obrigação liquida e certa, auctorisando a declaração da fallencia, quando o passador tem em poder do banqueiro fundos disponiveis. Se o banqueiro recusa pagar declarando não ter fundos do passador, o portador (que pode ser o proprio passador), alem de interpor o protesto, tem de justificar a existencia da conta corrente entre o passador e o banqueiro demonstrando saldo a favor do passador ou emissor.

77. G — *As notas assignadas pelos corretores, sem indicação dos nomes do vendedor e do comprador; nas vendas a prazo.* As vendas a prazo, uma das mais importantes operações da bolsa, foram entre nós reconhecidas e permittidas pelo art. 26 do Decr. n. 806 de 26 de Julho de 1851, que deu regimento aos corretores da praça do Rio de Janeiro, e foi posteriormente mandado observar em outras praças.

III); desde o momento da morte do passador o seu representante legal torna-se titular da conta-corrente; é desde então o proprietário e somente elle pode dispor dos saldos desta conta. (Tal foi sempre a jurisprudencia ingleza, acceita na lei de 1882, art. 75; Cod. Com. Argentino, art. 802 n. 2.; TOUZARD, Obr. cit. pag. 149). Declarada a fallencia do passador, este fica privado de pleno direito da administração de seus bens (Decr. n. 917, art. 18) e a conta corrente considera-se fechada (Decr. cit. art. 21). O Cod. Com. Argentino dil-o expressamente (art. 808 n. 1).

— Para mais amplas informações sobre os *cheques* vide a erudita monographia do Dr. INGLEZ DE SOUZA, *Titulos ao Portador*.

¹ Esta segunda função consegue toda a sua utilidade e importancia por meio de uma instituição que existe em diversos paizes sob os nomes de *Chambre de Compensation*, em França; *Cassenverein*, na Áustria e Allemanha; *Stanza di Compensazione*, na Itália; *Clearing-house*, na Inglaterra e Estados Unidos.

Em 1889 tentou-se estabelecer esta instituição na praça do Bio, mas sem resultado.

O Decr. n. 2733 de 23 de Janeiro de 1861 regulando o modo de serem verificadas as transacções e transferencias de acções de companhias ou sociedades anonymas, dos titulos da divida publica e de quaesquer outros que admittam cotação, confirmou taes operações (art. 11), cercando-as de toda a vigilancia para evitar abusos e fraudes.

Em 1890 e 1891 teve sua epocha aurea a especulação das vendas a prazo, achando-se o Governo Provisório da Republica obrigado a, pelo Decr. n. 882 de 18 de Outubro de 1890, cercar as operações da bolsa da Capital Federal *com mais solidas garantias que ao mesmo tempo assegurassem a verdade e a lealdade das transacções e resguardassem os corretores e seus committentes dos prejuízos resultantes da falta de cumprimento dos contracto.*¹

No art. 4.º, n. 1, deste Decr. determinou-se que os corretores seriam pessoalmente responsaveis para com os committentes pelas liquidações das operações que fizessem quando na copia do contracto, que lhes deviam entregar, na forma e no prazo do art. 58 do Cod. Com., não declarassem os nomes das partes contractantes.

O Dec. n. 2457 de 13 de Março de 1897 (Regulamento dos corretores de fundos publicos da praça da Capital Federal), no art. 37, dispõe que a responsabilidade do corretor é inteira e completa pela liquidação das operações feitas a prazo, sempre que no acto da transacção não for revelado, de modo regular, o nome do conimittente, sendo disciplinada esta responsabilidade pelos principios que regalam a do Commissario *del credere*.²

Tambem o corretor se torna pessoalmente responsavel, nas negociações á vista, para com o outro corretor com quem operar e para com o seu committente, pela entrega dos titulos vendidos e pelo pagamento dos que houver comprado. Decr. cit n.º 2457, art 36.

¹ Palavras do preambulo do Decr. n. 882.

² Cod. Com., art. 179

78. H — *As contas mercantilmente extraídas de livros de commerciante com as formalidades legais, e judicialmente verificadas.*

Sob o dominio do Cod. Com., exigia o Regul. n.º 738 de 1850, art. 111, que o credor apresentasse o *titulo do seu credito* para requerer a fallencia do devedor.

Relativamente ás contas mercantilmente extrahidas de livros commerciaes revestidos das formalidades legais, a jurisprudencia dividia-se em tres systemas:

1.º Em falta de titulo, ou impossibilidade de exhibil-o, bastavam contas ainda mesmo não assignadas pelo devedor.¹

2.º As contas, desde que não estivessem assignadas pelo devedor e revestidas das solemnidades prescriptas no art 219 do Cod. Com., nao produziam acção em juizo, na forma do art. 124 do mesmo Cod. e 152 § 5.º do Regul. n.º 737 de 1850, e, portanto, não eram titulos habeis para instruir o requerimento de abertura da fallencia, ainda mesmo quando judicialmente verificadas nos livros do credor.²

¹ *Chron. do Foro*, de 1859, n. 13, *apud* ORLANDO, *Cod. Com.*, nota 159 ao art. 116 do Regul. n. 738. *O Direito* vol. 43, pag. 268 e vol. 44, pag. 379.

Dizia na contra minuta de um agravo o DE. MACEDO SOARES, então Juiz do Commercio da Corte: " Não é a espécie, não é a forma do titulo, é a realidade, a verdade da divida o que acarreta a declaração da fallencia. Sena curioso que um negociante comprasse a outros negociantes gEneros para o seu negocio, os reduzisse a dinheiro e o embolsasse, deixando de pagar os seus credores e ficasse isento da fallencia porque foi bastante hábil para engodar a seus freguezes ou bastante esperto para não assignar as contas de venda das mercadorias, illudindo a disposição do art. 219 do Cod. Com." *O Direito* vol. 43, pag. cit.:

Em outra oontra-minuta assim se exprimiu o illustrado Magistrado:

"Se prevalecesse a doutrina contraria que requer titulo assignado pelo devedor teríamos a fraude acobertada pela jurisprudencia dos tribunaes; pois bastava que o devedor comprando a credito gEneros para revender, recusasse assignar as contas de Venda ou qualquer escripto que as representasse. Estava assim livre de quebrar, e habilitado para zombar dos seus credores locupletando-se a farta com os haveres destarte subtrahidos a quem foi bastante crEdulo para lh'os confiar. Doutrina muito commoda para os velhacos; mas perigosa para os commerciantes de boa fé; pois acarretava o desbarato do credito, a alma do commercio." *O Direito* vol. 44, pag. 383.

² *O Direito*, vol. 8, pag. 711; vol. 25, pag 303.

3.º As contas mercantilmente extrahidas dos livros escripturados em regra, principalmente de negociantes matriculados, com citação das partes e sendo conferidas e reconhecidas exactas por peritos por ellas nomeados, nos termos dos arts. 23 § 2.º do Cod. Com. e 141 § 3.º e 152 § 5.º do Regul. 737, constituíam titulos de credito, satisfazendo á disposição do art. 111 do Regul. n. 738.¹

O Decr. n.º 917, havendo estabelecido o principio de que a obrigação mercantil, para auctorisar a abertura da fallencia, devia ser *liquida e certa*, sujeitou as contas dos livros dos commerciantes a uma verificação *in preparatorio juridico* afim de ser apurada a sua liquidez e certeza.

O credor, que tem os livros commerciaes revestidos das formalidades legais intrinsecas e extrinsecas (Com. Com. arts. 13 e 14), d'elles extrahe mercantilmente a respectiva conta do seu devedor e requer ao juiz commercial a nomeação de peritos (ordinariamente dois ou tres) para verificá-la.²

79. Esta verificação, ou exame, pode, ter logar nos livros do devedor ou nos do credor.

80. Se nos livros do devedor, este tem de ser notificado para apresentá-lo em juízo,³ no dia e hora designados, sob pena de confesso no caso de recusa.⁴ Procede-se ao exame na presença do devedor ou na de pessoa por elle nomeada (Cod. Com. art 19).

¹ *O Direito*, vol. 14, pag. 757; vol. 21, pag 345; vol. 29, pag. 121.

² Decr. n. 917, art. 2.º, h, § 1.º. Seria mais justo que este exame ou verificação fosse feito por peritos nomeados pelas partes. O Decr. n. 917 entendeu que devia accelerar o mais possivel o processo da verificação afim de evitar qualquer prejuizo ao credor que tivesse urgencia de abrir a fallencia do devedor.

³ Ao commerciante citado para apresentar seus livros em juízo é facultado pedir ao juiz que o exame seja feito em seu escriptorio commercial. E de costume geral.

⁴ O Decr. n. 917, art. 2.º, h, § 1.º.

Quando mesmo estes livros se não achem revestidos das formalidades legais internas e externas, a conta nelles verificada faz prova plena contra o commerciante que os escripturou ou mandou escripturar¹ e seus successores.²

O Decr. n. 917 commina a pena de confesso ao devedor que recusa apresentar os seus livros, *seja qual for o motivo*.

81. Se o devedor deixa de apresentar livros, allegando não ser commerciante, entendem alguns que o juiz, antes de julgar o exame, deve assignar ao devedor o prazo de dez dias (dilação probatoria dos processos incidentes) para prova, decidindo depois.³

Não pensamos assim. Tracta-se de um simples exame de livros para fim excepcional. O processo é simplissimo, não comporta discussão, nem recursos. Por ocasião de ser requerida a fallencia é que tem de ser apreciado o valor juridico do exame; então ao devedor é facultado allegar e provar quanto seja necessario para excluí-la (art 8.º pr.), nenhuma razão mais relevante existe do que a de lhe faltar a qualidade de commerciante e, consequentemente, invocar a justificativa da não apresentação de livros (n.º 153).

A pena de confesso comminada pela lei e julgada por sentença em nada influe não só porque contra confissões *tacitas* ou *fictas* (é o caso)

¹ Cod. Com., art. 77.

² Cod. Com. art. 23 n, I; TEIXEIRA DE FREITAS, Consol. Das Leis Civis, art. 369 § 4, nota 88; ORLANDO, Cod. Com., nota 50 ao art 23 § 1.º, Parece-nos insustentavel o que expende o Dr. DIDIMO, Codigo Commercial Commentado, vol. 1º nota 30. Os Cods Coms. Italiano, art. 50, Portuguez., art. 44 § 1.º, dispõem que os livros não regularmente arrumados fazem prova contra seus proprietários. O Decre. N. 917, no art. 2, h, apenas exige que os livros do credor estejam revestidos das formalidades legais, não assim os do devedor.

³ A.M., na Rev. Do Inst. Da Ord. Dos Adv. Braz., vol 14, pag 134

se admitte prova em contrario,¹ como porque as sentenças proferidas em processo preparatório falta auctoridade de cousa julgada.²

A mesma solução cabe quando o exame é procedido nos livros do credor. O devedor não pode discutir ahi a sua qualidade de não commerciante; aguardará oportunidade.

82. Se o credor requerer a verificação da conta nos seus proprios livros é mister, para que esta se torne um titulo de divida liquida e certa, e portanto exigivel, que seja citado o devedor para assistir ao exame e que os assentos sejam confirmados ou corroborados por documentos que a elles se refiram. O Decr. n. 917 não derogou o preceito geral do art. 23 n. II do Cod. Com.³

A jurisprudencia tem sido vacillante a esse respeito. Muitos juizes presos á materialidade do texto do art. 2.º, b, e seus §§ do Decr. n. 917 admittem, como prova da liquidez da conta, a simples verificação nos

¹ PEREIRA E SOUZA, Primeiras linhas (ed. TEIXEIRA DE FREITAS) Vol 1, nota 455.

² PAILA BAPTISTA, Theoria do Pro. Civil § 183.

³ O DE. AFFONSO DE MIRANDA, juiz da Camará Commercial, fundamentando o seu voto vencido na contraminuta do agravo entre partes Coelho & Martins e a Companhia Confeiteira Nacional, assim se expressou:

"A providencia contida no art. 2.º, h, do Decr. n. 917 de 1890, restricta á instituição da fallencia, não pode ser invocada, para o effeito de se tornar liquida uma conta apenas verificada nos livros do credor.

Mesmo para os casos de fallencia, só vale a verificação nos livros do credor, se combinarem com os assentos do devedor, ou se este recusar-se a apresentar os seus.

Não ha direito contra direito e a interpretação contraria traria, como consequencia, derogação completa da prova resultante dos livros dos commerciantes, segundo a doutrina do Cod. Com. (art. 23)." — Ao. da Camara Commercial de 20 de Junho de 1893, na Rev. do Inst. da Ord. dos Mv. Brax., vol. 14, pag. 276.

A doutrina deste voto venoido é hoje triumphante nos tribunaes do distrito federal. — Vejam-se: Ac. de 12 de Maio de 1898 da Cam. Civil da Corte de App., na *Rev. de Jurisp.*, vol. 3, pag. 217; e Ac. de 28 de Out. de 1897 da mesma Camara, na mesma *Rev.* vol. 3, pag. 334. Veja-se ainda a mesma *Rev.* vol. 5, pag. 79.

assentos dos livros do credor; outros contentam-se com exigir tão somente a citação do devedor para assistir a essa verificação.¹

A doutrina contraria á que seguimos derroca os principios geraes que servem de fundamento á força probatoria dos livros commerciaes; estabelece excepção odiosa e injusta para o fim unico da abertura da fallencia; em conclusão: fere o bom senso admittindo que a alguém seja licito, só por simples traço de penna, dar existencia a um titulo de credito que obrigue a terceiro que n'elle não interveiu.

Tem-se dito que o Decr. n. 917 procurou garantir principalmente os commerciantes importadores contra a má fé de individuos que, negociando com capital insufficiente ou sem capital, conseguem captar-lhes a confiança, surtem-se a prazos curtos, evitam assignar qualquer titulo e não pagam as contas nos respectivos prazos. Aquelles commerciantes não têm outros títulos senão as contas extrahidas de assentos constantes dos seus livros, e seria iniquo privar-os de authenticar-as mediante exame perital nestes livros, afim de fundamentar a abertura da fallencia do devedor.²

A razão é forte, na verdade; mas aquelles commerciantes, como todos os outros, sejam cautelosos, cumpram a disposição do art. 219 do Cod. Com. se querem gosar os favores legaes.³

Para garantil-os de possiveis ciladas não deve a lei estabelecer disposições excepçionaes, armando-os de meios perigosos, facéis ao abuso. Basta já a derogação que o Decr. n. 917 traz ao principio salutar

¹ O Tribunal de Justiça de S. Paulo tem seguido essa jurisprudencia, contentando-se com exigir como substancial a citação do devedor para assistir á verificação judicial da conta. Ao. de 20 de Abril de 1897, na Qax. Jurid. de 8. Paulo, vol. 16, pag. 231.

² O MACEDO SOARES, *Informações, n'0 Direito*, vol. 51, pag. 327, 5º questão.

³ Cod. Com., art. 219: "Nas vendas em grosso ou por atacado, entre commerciantea, o vendedor é obrigado a apresentar ao comprador por duplicado, no acto entrega das mercadorias, a factura ou conta dos generos vendidos, as quaes serão por ambos assignadas..." Se o commerciante não cumpre a lei; que é providente, queixa-se de si.

do art 19 do Cod. Com., que permite somente o exame parcial na *pendencia da lide*, tolerando que, como *preparatorio* de fallencia, se converta uma conta mercantil era titulo liquido e certo de divida.

Os actos enumerados no art 321, §§ 2 a 5, do Regul. 737 revelam de modo evidente a fraude, o dolo do devedor; nem por isso foi dispensada para a concessão do embargo ou do arresto a *prova literal* da divida (art. 322). A lei aqui não se deixou levar pela mal entendida protecção á boa fé do credor. Como pois admittir que, para a abertura de fallencia, o credor tire dos proprios livros o titulo de seu *credito* elevando-o á categoria de prova preconstituída, obrando com elle em seu favor?

Objectar-se-á que o requerente responde civilmente pelo dolo ou falsidade com que proceder. Mas pode estar tambem de boa fé; julgando-se credor, e certo de ser exacta a conta de que dão noticia os seus livros, pode requerer a abertura de fallencia do pretenso devedor, concorrer para o descredito e ruina deste, escapando de qualquer responsabilidade. Para chegar á verdade juridica devem ser observadas as normas regulares do processo. Não é era virtude de um simples exame nos livros do auctor que se condemnará o réo. Quando mesmo ficassem provados o dolo e a falsidade do requerente, seria muito mais equitativo, justo e conforme aos principios de direito que o legislador evitasse tanto quanto possivel a realização de um caso desses. As indemnisações são difficilimas de ser arbitradas.

83. Da sentença que julgar procedente o exame não cabe recurso algume os respectivos autos serão entregues, independentemente de traslado, á parte para delles usar como e quando lhe convier.¹ Não pode, porém, instruir com este exame o requerimento de fallencia sem leval-o previamente ao protesto especial do qual falaremos no n. 141.

¹ Decr. n. 917, art. 2.º, h, § 2.º

84. A conta depois de devidamente verificada serve somente para a abertura de fallencia; como disposição excepcional, derogatoria jdo nosso direito (Codigo Com. arts. 18 e 19) não pode ser ampliativa-mente applicada.¹

SECÇÃO III

Falta de pagamento de obrigação mercantil liquida e certa no respectivo vencimento.

(IMPONTUALIDADE)

Summario. — 85. A impontnalidade, signal ostensivo mais perfeito da impossibilidade de pagar. — 86. Relevantes razões de direito que justificam a impontualidade. 87. Enumeração destas razões pelo Decr. n. 917. A falsidade, seu conceito juridico, e especies.— 88. O pagamento; modos porque pode ser realizado e provado. — 89. O pagamento para justificar a mora do devedor deve preexistir ao protesto. — 90. A novação, seu conceito juridico; deve tambem preexistir ao protesto para justificar a mora do devedor. — 91. A prescrição. — 92. Razoes que justificam a falta de entrega da carga constante do conhecimento de frete. 93. Razões que

¹ A. M., na *Rev. do Inst. da Ord. dos Adv. Braz.*, vol. 14, pag. 134; Trib. de Justiça de S. Paulo, Ac. de 20 de Abril de 1896 na *Revista Mensal*, vol. 3, pag. 45 e Ac. de 7 de Julho de 1897, na mesma *Revista* vol. 6, pag. 28.

A disposição do art. 2,h, applica-se, porém, ás liquidações judiciais das sociedades anonymas em virtude da referencia que á ella faz o art. 168 n. 2 do Decr. N. 434 de 4 de Julho de 1891. Ac. da Corte de Appellação da Capital Federal, de Julho de 1893, na *Rev. do Inst. da Ord. dos Adv. Braz.*, vol. 14, pag. 274.

perimem a obrigação do tomador nas letras de risco.

85. O commerciante que deixa de pagar, no vencimento, divida mercantil liquida e certa, sem relevante razão de direito, tem dado golpe profundo em sua vida mercantil.¹ Este facto é o grito de alarme entre os credores, e com a rapidez do raio repercute na praça. O credito, sem o qual o commerciante não se pode manter, resente-se logo, e difficillima se torna, de então em diante, a sua posição.

Uma casa commercial, observa ESTASÉN, poderá desacreditar-se por falsificar os artigos que expõe á renda, por de fraudar as mercadorias no peso, na medida, na qualidade; um industrial terá o nome mais ou menos suspeito se imitar as marcas alheias, se fizer uma concorrência desleal, etc, etc. Tudo isso pode ser attenuado. Maiores consequências, porém, traz o simples facto de não pagar uma só obrigação vencida, o que é sempre um acontecimento surpreendente, uma noticia alarmante, alguma cousa de extraordinario que desde logo affecta profundamente o credito de uma casa, e tão profunda é a nodoa que se não apaga mais.²

A *impontualidade* é considerada pelo Decr. n. 917 o signal ostensivo, mais perfeito, qualificado, da impossibilidade de pagar, e,

¹ O Pagar é não somente entregar a quantia devida, mas também cumprir a obrigação de *entregar*, Solutio est prastatio ejus quod in obligatione est. Não restituir coisa depositada, não entregar a mercadoria vendida declarada na factura, não entregar a carga mencionada no conhecimento de frete, tudo isso é não pagar. Creditorum adpellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur (L. 11 Dig. 50, 16). Vide a nota ao n. 326.

² *Derecho Mercantil*, vol. 5, n. 21.

VISCONDE DE CAYRÚ, *Princ. de Dir. Merc.*, Trat. 7.º, cap. XV Todo Commerciantes, que não paga em dia, isto he, no prazo do vencimento da obrigação contrahida, ou que sem justa causa não cumpre qualquer ajuste deliberado, e de boa fé, he havido por impontual e falta de honra, delicadeza, e primor, e soffre logo por isso deza na sua reputação mercantil; de sorte que as pessoas de caracter devem necessariamente evitar o comprometterem-se com elle em transacções de importancia; dictando a prudencia, que ninguem trate, e se implique, em interesses consideraveis, com homem, que não cumpre o que promete, quando aliás, quem cora elle transigio, tambem contou em suas operações, e empenhos com a esperada pontualidade, e firmeza de trato."

consequentemente, do estado de fallencia. O legislador não exige provas mais completas para definir este estado; entendeu que não devia auctorisar uma vida artificial ao devedor a braços com a crise que se manifesta, trazendo naturalmente a desordem aos negocios, a preocupação de espirito, a facilidade nas resoluções, e principalmente a lucta aberta entre as necessidades que sente e a attracção irresistivel para satisfazer-as com os meios que de prompto se lhe deparam. Demorar a fallencia importaria illudil-o quando de boa fé. cavando mais fundo a sua ruina, ou animal-o, quando de má fé, a por em acção a fraude, com calma, em prejuizo dos credores (n. 44).

A fallencia é um meio extraordinario de execução e o seu principal objectivo é manter illeso o credito mercantil. Quando este soffre qualquer estremecimento, e põe em perigo o direito dos credores, a lei vem protegê-los com o seu braço forte, facilitando-lhes o ingresso em juizo, de modo a salvarem o activo existente de possiveis desvios ou de maiores encargos. A crise economica do devedor está denunciada; tracta-se de evitar o prejuizo dos credores.

86. Para que se dê a impontualidade e se entenda fallido o devedor é, porém, necessário que a recusa de pagar a um ou mais; credores não dependa de justos motivos, de causas legitimas, que constituam objecto de verdadeiras excepções e em nada prejudiquem a boa fé do devedor.¹ Não ha devedor moroso senão quando existe um direito de credito valido, realisavel por meio de acção, não paralysado por alguma excepção.²

Não é *impontual* o devedor que deixa de pagar no vencimento obrigação mercantil liquida e certa, tendo para isso *relevantes razões de direito*.

¹ Cod. Com. Italiano, art. 705: "Il solo rifiuto de alcuni pagamenti, per eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate, non è prova della cessazione dei pagamenti..."

² WINDSCHEID, Pandekten, vol. 2.º, § 277.

Afóra estes casos que não desmentem a boa fé do devedor a lei não indaga nem procura saber a causa porque o commerciante não paga, no dia do vencimento, obrigação mercantil liquida e certa, e muito menos se lhe dá que a impontualidade, seja ephemera ou devida a embaraços momentâneos, seja continuada. O Decr. n. 917 não admite o que se chama *suspensão de pagamentos*, não reconhece este facto, não o attende. Acima de tudo collocou a inviolabilidade do credito; o commerciante, que não paga uma só obrigação mercantil liquida e certa no dia do vencimento, tem enfraquecido, senão perdido o credito: está fallido. Tal é o nosso systema legal.

87. O Decr. n. 917 considera como relevantes razões de direito, justificativas da recusa de pagamento, as seguintes:¹

a) A *falsidade*. Esta palavra no sentido mais generico abrange tudo o que não é verdadeiro — *Falsum largissimè sumptum est onne id quod non est verum*² — e no sentido juridico comprehende toda alteração da verdade — *Falsum fraudulenta veritatis mutatio, vel suppressio, in detrimentum alterius facta* — segundo a expressão de CUJACIO

A falsidade pode ser intellectual ou material.

A primeira diz respeito ao conteudo dos documentos na parte relativa á sua substancia e sem que haja alteração na escripta. Compreendem-se nesta classe os documentos em que se acham consignadas convenções ou confissões contra a expressa declaração das partes, ou em que se declaram, como verdadeiros, factos que não o são e que constituem falsificações do pensamento, supposições do

¹ Decr. n. 917, art. 8.º, § 1.º

Essas razões relevantes figuram tambem entre as que se podem oppôr, por via de embargos, nas assignações de dez dias. Regul. n. 737, art. 250.

² FARINACCIO, De *falsitate et simulatione*. Quetst. 150, n. 7.

consentimento, que não se descobrem por algum signal physico, palpavel, material, sobre o qual se pode exercer a arte de peritos.¹

A segunda é a que é feita aparentemente no escripto, viciando-o já na data,² já no contexto,³ já nas assignaturas, substituindo no original todas ou algumas destas partes do escripto por outras differentes.⁴ Dá-se o nome de *material* á esta espécie de falsificação, porque pode ser apontada, vista e reconhecida physicamente por meio de uma operação qualquer: *cum inspectio ipsa falsum deprehendi*.⁵

88. O pagamento, que é o modo normal da extinctão obrigação, devendo-se por tal entender a execução completa da obrigação qualquer que seja o objecto desta (vide nota 2, pag. 83). O pagamento deve ser feito nos termos do art 429 do Cod. Com., ou por meio do deposito da importancia, nos termos e pela forma determinada no art 393 e seguintes do Regul. n. 737.⁶

¹ NEVES E CASTRO, Theoria das Provas, a. 223.

o Cod. Civil Portuguez, art. 2406, estabeleceu trEs hypotheses, em tos podem ser havidos como falsos, na sua *substancia ou intellectualmente* se dá a supposição em todas as suas partes; 2.º quando a supposição se dá com relação ás pessoas, que se mencionam como partes ou como testemunham 3º quando se menciona como praticado no acto de sua celebração algum facto que se deu quando realmente não se deu.

² O titulo antedatado está viciado de falsidade.

³ Por ex.: a alteração no valor primitivo do titulo.

⁴ ALMEIDA OLIVEIRA, Assig. de Dez Dias, pag. 166, nota 3.

⁵ NEVES E CASTRO, Theoria das Provas, a. 227.

⁶ Nesse caso dá-se a *mora accipiendi*, também chamada *mora credendi*.

Duas são as condições existenciaes da *mora accipiendi*: 1.º que O devedor opportuno loco et tempore faça validamente a *óblatio*, isto é, a offerta real da cousa (art. do art 431 do Cod. Com. e art. 397 § 2.º do Regul. n. 737); 2º que o credor recuse recebê-la (art. 393 § 1.º e art. 397 § 1.º do .Reg. n. 737) sem que tenha para isso justa causa (art. 431 do Cod. Com.) ou não queira cumprir certos deveres que por lei lhe incumbe (por ex.: os casos dos arts. 434 e 278 do Cod. Com.).

O pagamento pode ser realizado em dinheiro, ou por meio de cessão, dação *in solutum*, ou compensação;¹ e não se presume, tem de ser provado por quem o allega;² mas não é tão absoluto este principio que não comporte excepções, como nos casos dos arts. 432, 433, 434, verbis: *simples entrega do titulo*, e em outros, taes como se o titulo apparece cancellado na mão do devedor ou do credor, etc.³

89. Para que o pagamento possa ser allegado com fundamento no art. 8, § 1.º, b, do Decr. n. 917 é mister que preexista ao protesto do titulo, prova plena da *falta de pagamento*, nos termos do art 3.º do cit. Decr. É questão diversa, e da qual opportunamente tractaremos: se o pagamento posterior ao protesto, e em quanto se, procede ás diligencias preliminares, elide, exclue a fallencia.

90. c) A novação, que é a transformação ou conversão de uma obrigação era outra, operando-se por tres modos principaes, descriptos no art 438 do Cod. Com. 1º o contrahiado o devedor para com o credor uma nova obrigação que altera a natureza da primeira; 2º substituindo-se o devedor primitivo por um outro, ficando aquelle desobrigado; 3.º substituindo-se um credor por outro, ficando o devedor desobrigado para com o primeiro e responsavel para com o segundo.⁴

A novação para ser allegada com fundamento no art. 8.º deve tambem *preexistir* ao protesto do titulo. Se posterior, é questão de que nos occuparemos opportunamente.

¹ A compensação tem logar achando-se ambas as dividas vencidas e nas condições do art. 439 do Cod. Com.

² ORLANDO, Cod. Com. nota 620 ao art. 434; SERAFINI , Istit. di Dir. Rom., vol. 2º § 123.

³ Fr. 24, Dig. 223; ALMEIDA OLIVEIRA, *Obr. cit.* pag. 185.

⁴ A jurisprudencia dos nossos tribunaes sobre novação acha-se bem exposta em ORLANDO, Cod. Com., nota 626 e em ALMEIDA OLIVEIRA, Assig. de dez dias, pag. 187 e seguintes.

91. d) A *prescrição*, que é um dos meios extractivos da obrigação. O Cod. Com., nos arts. 441 e seguintes, occupa-se desta materia.

92. Se se tractar de conhecimentos de fretes, são legitimas razões para justificar a falta de pagamento: a falsidade do conhecimento, a quitação da entrega da cousa ou da carga, embargo, penhora, deposito judicial ou perdimento da carga, justificada a causa da perda.¹

93. Se se tractar de letras de risco são relevantes razões, alem da falsidade, pagamento, novação e prescrição, todos os motivos que excluem ou perimem a obrigação do tomador, por ex: os casos referidos nos arts. 641, 646, 655 e 656 do Cod. Com.²

SECÇÃO IV

Factos indicativos ou caracteristicos do estado de fallencia, embora não haja falta de pagamento.

Summario. — 94. Factos caracteristicos da fallencia do devedor, sem que tenha havido a impontualidade. — 95. Enumeração destes factos.

94. Não é somente da *impontualidade* que pode emergir o estado de fallencia. Antes da manifestação deste phenomeno, ao qual deu a lei importancia particular, factos ou circurastancias podem apparecer que revelem os embaraços economicos do devedor, a manifesta impossibilidade de continuar a pagar pontualmente aos seus credores, e, não raras vezes, o designio de fraudal-os (n. 44).

¹ Decr. n. 917, art. 8 § 1.º, e; Cod. Com. art. 588.

² Decr. n. 917, art. 8 § 1.º, e; Regul. n. 737, art. 252.

A lei ampara e salvaguarda tanto quanto possivel a boa fé e os interesses dos credores, facultando-lhes logo requererem a fallencia do devedor, meio extraordinario de execução e tambem remedio assecutorio e preventivo de prejuizos (n. 25).

Como medida preventiva, as leis do processo (Regul. n. 737, artj 321 § § 2 a 5) auctorisam o embargo ou arresto nos bens do devedor, tendente a tornar indisponiveis os bens, garantia de suas obrigações. Os casos em que esta medida extraordinaria pode ser empregada acham-se taxativamente enumerados, e são mais ou menos os que o Decr. n. 917 considera denunciadores da fallencia latente.

95. Caracterisa-se o estado de fallencia, embora não haja falta de pagamentos, se o devedor: ¹

a) Realisar pagamentos usando de meios ruinosos e fraudulentos.

Comprehendem-se entre estes meios os emprestimos a juros elevadissimos , a venda de mercadorias por preço inferior á cotação do mercado, etc. Não exercita o commercio, no verdadeiro sentido da palavra, aquelle que, por meios ruinosos e fraudulentos, satisfaz as necessidades de hoje com damno próprio e alheio e com a quasi certeza de caminhar ao encontro da ruina. ²

b) Transferir ou ceder bens a uma ou mais pessoas, credores ou não, com obrigação de solver dividas vencidas e não pagas.

¹ Esta enumeração do Decr. n. 917 é equivalente aos *acts of bankruptcy* da Lei Inglesa, que no art. 4.º arrola oito casos. Os escriptores inglezes dividem estes oito casos em três classes: a 1.º comprehendendo actos pessoaes ou omissões por parte do devedor; a 2.º o procedimento do devedor com os seus bens; a 3.º os actos que mostram o estado de insolvencia de seus negócios. BALDWIN, *A Treatise upon the Law of Bankruptcy*, pag. 72; ROBSON'S *A Treatise on the Law of Bankruptcy*, pag. 133.

² CAVO, *La Cessazione dei pagamenti*, pag. 14.

c) Occultar-se, ausentar-se furtivamente, mudar de domicilio sem sciencia dos credores, ou tentar fazel-o, revelado esse propósito por actos inequivocos.¹

Actos *inequivocos* podemos considerar o facto de o commerciante comprar a passagem para ausentar-se do seu domicilio commercial sem providenciar sobre a direcção e administração da sua casa durante a ausência, etc, etc.

Alienar, sem sciencia dos credores, os bens que possui, fazendo doações, contrahindo dividas extraordinarias ou simuladas pondo os bens em nome de terceiros ou commettendo algum outro artificio fraudulento.

e) Alienar os bens immoveis, hypothecal-os, dal-os em antichrese, ou era penhor os moveis, sem ficar com algum ou alguns equivalentes ás dividas, livres e desembargados, ou tentar praticar taes actos, revelado esse proposito por actos inequivocos.

f) Fechar ou abandonar o estabelecimento, desviai- todo ou parte do activo.

g) Occultar bens e moveis da casa.

h) Proceder dolosamente a liquidações precipitadas.

i) Não pagar, quando executado por divida commercial, ou não; nomear bens a penhora dentro das 24 horas seguintes á citação inicial da execução.¹

¹ Na Inglaterra constitue *acts of bankruptcy*: 1° *departing out of England*; 2° *Remaining out of England*; 3.° *Departing from his Dwelling-house*; 4° *Otherwiase absenting himself*; 5.° *Beginning to keep house* (ROBSON'S A Treatise on the Law of Bankruptcy, pag. 134). Esses actos são mais amplos que os comprehendidos pelo Dec. In. 917 na letra e acima, constituem a 1° classe a que nos referimos na nota 1 supra, e somente procedem quando praticados com intento de mallograr ou retardar o pagamento dos credores — *to defeat or delay creditors* (ROBSON, Obr. cit. pag. 134).

j) Recusar, como endossador ou sacador, prestar fiança no caso do art. 390 do Cod. Cora. (vide n. 223).²

k) Não evitar o concurso de preferencia em execução commercial (art 609 § 2o. do Regul. n. 737 de 1850).³

¹ A Relação de Porto-Alegre, em Ac. de 27 de Fevereiro de 1883, já havia resolvido que uma sentença condemnatoria a pagamento de importancia devida, embora pendente a appellação, é titulo creditório hábil para que se intente a justificação da abertura de fallencia. ORLANDO, Cod. Com., nota 159 ao Regul. n. 738.

Identica disposição encontra-se na Lei Ingleza de 1883, Sec. 4 g. O preceito com a comminação de fallencia (*bankruptcy notice*) só pode ser promovido pelo proprio credor que obteve a sentença ou seu representante legal. SMITH'S *Mercantile Law*, rol. 2, pag. 720.

² “Quebrando o açoitante da letra de cambio antes do vencimento, o portador, logo que tiver noticia da quebra, deve interpor o competente protesto para segurança de seus direitos, e tem acção para exigir fiança idónea do ultimo endossador ou do sacador. Esta disposição applica-se também ás letras de terra, notas promissórias e creditos mercantis, art. 427 do Cod. Com.

O Supremo Trib. de Justiça, em sentença de 15 de Julho de 1885, decidiu que o art. 390 do Cod. Com., com o permittido protesto preventivo não dispensa o portador da letra do necessario protesto por falta de pagamento no dia do vencimento, relativamente aos garantes e responsaveis do art. 381 do mesmo Cod. O Direito, vol. 37, pag. 575.

— A disposição do art. 390 do Cod. Com. dá ao portador a faculdade de exigir a fiança do ultimo endossador ou sacador. Somente o portador pode requerer a fallencia destes co-obrigados por não terem elles prestado a fiança quando exigida, ou pago immediatamente, sem desconto. Vide n. 223.

³ O concurso de preferencia não tem logar quando o devedor é commerciante, mas neste caso prevalecem as disposições sobre fallencia. Arts. 609 § 2.º e 610 do Regul. n. 737. A jurisprudencia havia tambem assentado que se o devedor commum, que não tem bens suficientes para pagamento de todos os credores, e commerciante, não podia ter logar o rateio, mas a abertura da fallencia. O Direito, vol. 33, pag. 233.

Capitulo II

Da Declaração Judicial da Fallencia

96. Estudaremos nas cinco Secções deste Capitulo:

I. Qual o juizo competente para a declaração da fallencia.

II. Quaes as pessoas a quem assiste o direito de promover esta declaração.

III. A instrucção do processo preliminar desta declaração e o sequestro dos bens e livros.

IV. A defeza do devedor.

V. O character das sentenças declaratoria e denegatoria da fallencia e os remedios judiciarios que, contra ellas, podem ser usados.

SECÇÃO I

Juizo da declaração da fallencia

Summario. — 97. As causas de fallencia são da competencia exclusiva das justiças dos Estados. — 98. Pertencem á jurisdicção commercial. — 99. E contenciosa. — 100. Juiz competente *ratione persona*. — 101. O principio da unidade de domicilio e o da unidade da fallencia. — 102. A universalidade e indivisibilidade do estado de fallencia. — 103. Fallencia dos com

merciantes ambulantes. — 105. Filiaes de casas estrangeiras situadas fora da Republica. — 105. Suspeição e recusação do juiz competente para abrir a fallencia.

97. As causas de fallencia pertencem a jurisdicção exclusiva das justiças dos Estados. A justiça federal não conhece d'ellas nem mesmo quando se tracte de matéria de sua privativa competência.¹ As justiças dos Estados fioam com esta especial e extraordinaria jurisdicção, ante a qual cedem todas as regras da competência, em razão da necessidade de manter a unidade, a centralisação e a uniformidade na liquidação dos interesses das massas dos credores.

98. Nos Estados a declaração da fallencia pertence á jurisdicção commercial (competencia *ratione materiae*), quer seja exercida especialmente, quer cumulativamente com a civil, na conformidade das respectivas leis organicas judiciarias.² Instituição essencialmente mercantil, ja fallencia vae agrupar-se entre as causas sujeitas áquella jurisdicção.³

¹ Na fallencia podem apparecer: a) questões de direito maritimo e navegação. O Decr. n. 917 considera divida liquida e certa para auciorisar a abertura da fallencia os conhecimentos de frete, as apolices e letras de seguro e as letras de risco (art. 2.º letra a em referencia ao art. 247 do ReguL n. 737), e estabelece as relevantes razões do não pagamento das letras de risco e doa conhecimentos de frete, art 8.º, § 1.º, letra e; b) questões de direito civil internacional, (Decr. n. 917, arts. 91 a 106) c) interesses da União, como se esta é credora de dividas de impostos ou de letras e titulos mercantis, caso em que o procurador da Republica vem officiar no juizo da fallencia (Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art, 32 n. III).

A Lei Argentina de 14 de Setembro de 1863 *sobre la jurisdiccion y competencia de los Tritbunales Nãcionales*, no art. 12, 1.º ai., é expressa exceptuando da jurisdicção dos tribunaes federaes — todos os juizos universaes de concurso de credores e inventários, qualquer que seja a nacionalidade ou visinhança dos directamente interessados, ainda mesmo que nelles se adduzam acções fiscaes da nação.

² No Estado de S. Paulo os juizes de direito exercem jurisdicção cumulativa no civil e no commercial, sendo que na comarca da capital dois dos seus cinco juizes têm esta jurisdicção cumulativa, e em Santos e Campinas os dois juizes têm jurisdicção cumulativa em todas as varas. Decr. n. 123 de 10 de Novembro de 1892, art. 11.

³ Decr. n. 917, art. 4; Decr. n. 1597 de 1º de Maio de 1855, art. 24.

99. A jurisdição, em relação ao seu objecto, é contenciosa ou graciosa (esta também chamada voluntaria ou administrativa), segundo garante ou restabelece direitos ameaçados ou lesados, ou apenas concede garantias contra possíveis lesões futuras.¹

As causas de fallencia pertencem á jurisdição contenciosa. A fallencia é meio extraordinario de execução (n. 25), e no seu curso podem surgir embargos á declaração da fallencia,² embargos de terceiros,³ embargos á concordata,⁴ reclamação sobre a classificação de créditos,⁵ sem esquecer as acções de nullidade e quaesquer outras intentadas contra a massa, as quaes são sempre processadas summariamente perante o juiz da fallencia.⁶

Pode succeder, é verdade, que durante a fallencia não se levante controversia, mas a jurisdição, nem por isso, perde o caracter de contenciosa.⁷

100. O juiz commercial competente para declarar a fallencia (*competencia ratione personae*) é aquelle em cuja jurisdição o devedor tiver o seu *principal estabelecimento*.¹

¹ DR. JOÃO MONTEIRO, Theoria do Processo Civil, § 28. Decr. do Gov. do Est. de S. Paulo, n. 123 de 10 de Novembro de 1892, (Organização Judiciaria) art. 125: "A todos os juizes, feita apenas distincção quanto a natureza do objecto respectivamente ás varas, compete: 1.º proceder a todos os actos de jurisdição graciosa, que lhes forem requeridas para prevenir futuras lesões de direitos e garantia de interesses juridicos."

² Decr. n. 917, art. 8.

³ Decr. n. 917, art. 150.

⁴ Decr. n. 917, art. 46.

⁵ Decr. n. 917, art. 62.

⁶ Decr. n. 917, art. 35.

⁷ A jurisdição do magistrado não deixa de ser contenciosa pelo simples facto de se exercer entre pessoas consensientes. A proposição inversa que não seria exacta. Se no curso de um processo de jurisdição voluntária sobrevem adversario, que levanta controversia, cessa aquella para dar lugar á jurisdição contenciosa. Dr. JOÃO MONTEIRO, Obr. cit. § 28 e nota 6, que é preciosa.

Principal estabelecimento é o logar onde o comnierciante, sob firma individual ou social, tem o seu domicilio ou sede commercial, conforme a inscripção do registro de firmas (Dec. n. 916, art 11,f); onde centralisa a sua actividade e influencia economica, onde todas as suas operações recebem o impulso director, onde saca, endossa e acceita letras; onde, emfim, se acham reunidos normal e permanentemente todos, os elementos constitutivos do seu credito. E, em resumo, o logar da sede da vida activa, o logar onde reside o governo dos negocios do devedor.

Pouco importa que o devedor tenha em outro logar deposito de mercadorias, ou mesmo fabricas que manufacturem os productos que mais tarde alimentem o gyro commercial. Tambem indifferente é que cada uma de suas succursaes prospere, ou pelo menos não tenha faltado ao pagamento de divida mercantil.² No *estabelecimento principal* é que existe o thermometro do credito do commerciante, pois ahi estão absorvidos todos os seus negocios, e o patrimonio do devedor é unico e indivisivel, constituindo em qualquer logar em que esteja a garantia com m um dos credores.³

¹ Decr. D. 917, art. 4. Identica disposição no Cod. Com. Italiano, art. 685; no Francez, art. 438; e no Portuguez, art. 694.

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, em Ac. de 12 de Junho de 1894 (na Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 5, pag. 320) decidiu que o Juiz que decretou a dissolução de uma firma commercial fica com a jurisdição preventa para declarar a fallencia desta firma, afim de não dividir a continencia da causa. E insustentável a doutrina deste accordam, pois attenta contra os principios que dominam a fallencia e contra as regras communs do processo, porque a competencia por connexão de causas tem por fim evitar julgamentos contradictorios (PAULA BAPTISTA, *theoria do Processo Civil*. § 59), o que é impossivel dar-se na hypothese, visto que a fallencia absorve a liquidação. O unico voto vencido daquelle Ac, o do ministro FERREIRA ALVES, salvou a verdade juridica.

² Um principio, que se deve ter muito em attenção nesse assumpto, é o seguinte: As obrigações contrabidas pelas succursaes ou filiaes obrigara a matriz; as succursaes com todos os seus haveres respondem pelas obrigações que contrahe a matriz. ESTASÉN, *Derecho Mercantil*, vol. 7, n. 25.

³ VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7687.

101. D'ahi se deduz que o devedor não pode ser declarado fallido na sede da casa *filial* ou *succursal*, mas somente na do principal estabelecimento, ordinariamente chamado *casa matriz*.

A lei, estabelecendo o principio da unidade de domicilio, tem, ao mesmo tempo, assentado o da *unidade da fallencia*. O commerciante, sob firma individual ou social, estabelecido no Brazil, não pode ter mais de uma declaração de fallencia.

102. O estado de fallencia é indivisivel e universal.

O juizo da fallencia é um mar que attrahe todos os rios; ahi têm de concorrer todaa os credores, embora de foro privilegiado; ahi têm de ser arrecadados todos os bens do devedor; ahi têm de ser discutidas resolvidas todas as questões contra a massa; ahi, finalmente, têm de ser partilhados os bens do devedor commum, experimentando todos os credores riscos eguaes.¹

Morra o devedor, cesse o exercido do commercio, prepondera sempre o principio de competência, firmado no art. 4.º do Dec. n. 917, isto é, a do juiz em cuja jurisdição o devedor tinha o principal esta falecimento.

103. Pode, porém, o commerciantenão ter estabelecimento nenhum exemplo: as pessoas itinerantes por profissão, os negociantes ambulantes, as empresas de circo, equestres e gymnasticas.² Nestes casos, os principios da lei e as necessidades praticas aconselhara declarar-

¹ Cod. Com. Argentino, art. 1381: "El estado de quiebra abarca la universalidadde los bienes, derechos, acciones y obligaciones del fallido, con las excepciones que en este código se establecen.

Cod. Com. do Chile, art. 1328: "La quiebra ès un estado indivisible: por consiguiente, abraza la universalidad de los bienes deudas dei fallido."

² Os empresarios destes circos exercem actos de mercancia. Regul. n. 737, art. 19, § 3º

se a fallencia onde se produzem os embarços financeiros do devedor, onde existem os principaes elementos do activo, os principaes credores.¹

104. O estrangeiro negociando no Brazil pode ser declarado fallido (n.º 47). A casa filial de outra situada no estrangeiro, operando por conta e responsabilidade próprias, é o principal estabelecimento no Brazil, o pode ser declarada fallida pelo juiz commercial em cuja júrisdicção tiver domicilio. Se, porém, a filial opera por conta e sob responsabilidade do estabelecimento principal situado no estrangeiro, a fallencia somente pode ser declarada pelo tribunal do domicilio deste estabelecimento.²

105. O juiz competente para conhecer da fallencia deve-se declarar suspeito nos casos expressos em lei³; se não o faz, além de eivada nullidade a sentença que proferir,⁴ incorre em penalidade.⁵

Não ha razão para se prohibir ás partes interessadas averbarem de suspeito o juiz, quando este espontaneamente se não accusa.

Ha quem pense de modo diverso sob os fundamentos seguintes:

a) A fallencia é acto de jurisdicção voluntaria e na pratica de actos desta natureza não pode o juiz ser recusado por suspeito;

¹ LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7, n. 77.

Os escriptores italianos pensam que é competente para declarar a fallencia destes negociantes ambulantes o tribunal do lugar onde são encontrados, mesmo momentaneamente, na occasião em que se lhes requer a fallencia. CUZZERI, *Cod. Com. Itat. Commentalo*, vol. 7, n. 36; CALAMANDREI, *Del Fallimento*, vol. 1º, n. 27. L .

² Decr. n. 917, art. 4 e 91.

³ Regul. N. 737 art.86.

⁴ Regul. n. 737, art. 680, parág. 1

⁵ Cod. Penal, art. 207, n. 8.

b) A fallencia é uma forma de execução e nesta não tem logar a recusaça o do juiz nos termos do art. 95 do Regul. n. 737. B Responde-se, sem precisar salientar a contradicção entre estes do argumentos:

1.º A fallencia não é acto de jurisdição voluntária (n. 99), eH quando fosse, a *ratio legis* auctorisa a suspeição e recusação em caso de jurisdição voluntaria;¹

2.º A fallencia é um meio extraordinario de execução, e se lhe não pode applicar o art 95 do Regul. n. 737, attendendo-se aos motivos desta disposição. O juiz da causa principal não pode ser suspeitado na execução. Entretanto, se nesta sobrevem novos interessados, como no caso de embargos de terceiros e nos de preferencias, o juiz pode ser recusado.²

SECÇÃO II

Pessoas a quem assiste o direito de requerer a declaração da fallencia

Summario. — 106. Quem pode requerer a declaração da fallencia.— 107. A declaração *ex-officio*.

106. Podem requerer a declaração da fallencia:

- a) O devedor, sua viuva ou seus herdeiros;
- b) o socio;
- c) o credor;

¹ CAMARA LEAL, Apontamentos nobre suspeições e reauações, pag. 2.

² Regul. n. 737, art. 95.

— Na Rev. do Inst. da Ord. dos Adv. Braz., vol. 7, pag. 198 a 204, vem discutida esta questão da suspeição do juiz na fallencia.

d) o curador fiscal das massas fallidas.¹

107. Não temos mais a declaração da fallencia *ex officio* que, pelo Código Commercial, art. 807, era facultada ao juiz quando lhe constasse por notoriedade publica fundada em factos indicativos de um verdadeiro estado de insolvencia. O Decr. n. 917 deslocou esta faculdade dos juizes para os *curadores fiscaes das massas fallidas*.² Vide ns. 136 a 138.

A intervenção do juiz *proprio motu* na vida mercantil do devedor offerece serios receios; não se harmonisa com a sua elevada missão desempenhar *l' office d' un gérant d' affaires de la masse*.³ Por mais que se procure justificar a declaração *ex-officio* da fallencia pelo necessidade da tutela ao commercio e do credito não satisfaz;⁴ entretanto, adeantadas legislações a mantem,⁵ e escriptores de nota justificam-na.⁶

O Decr. n. 917 perraitte, porém, que o juiz *ex-officio* decrete, em quanto se procedem as diligencias preliminares da fallencia, o sequestro dos livros, correspondencia, tiulos e bens do devedor, para salvaguardar o activo, nos casos do art. 1º. § 1º. (n. 149).

¹ Decr. D. 917, art. 4 pr.

² Systema hollandez consagrado no Cod. de 1838, arts. 764 e 768, hoje revogados.

³ THALLER, Des Faillites en Droit Comparé, vol. 2, n. 157.

⁴ LYON-CAEN & EENAOLT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 108.

⁵ Admitem a fallencia *ex officio*: os Cods. Coms. Francês, art. 440; Belga, art. 442; Italiano, art. 688; a Lei Roumaica de 1885, art. 701. O Codigo Com. Chileno, art. 1356, faculta ao juiz abrir a fallencia *ex officio* somente quando o devedor foge ou oculta-se deixando fechados os seus escriptorios ou armazens e sem nomear pessoa que administre os negocios e cumpra as suas obrigações. Não admitem a fallencia *ex officio*: a Inglaterra, a Hespanha, a Alemanha, a Áustria, a Suissa, Portugal e a Republica Argentina.

⁶ Modernamente SRAFFA, Fallimento delle Soeietà Commercial, pag. 83.

ARTIGO I

Declaração espontanea da fallencia

Summario. — 106. E' dever do commerciante declarar espontaneamente em juizo a sua fallencia, qaando falta ao pagamento de divida mercantil. — 100. Epocha dentro da qual deve ser comprida esta obrigação. — 110. Declaração espontanea da fallencia pelo devedor sob firma individual. Documentos que a instruem. — 111. a) O balanço. — 112. b) Os livros commerciaes. — 113. c) A relação nominal de credores. — 114. Fórma e requisitos da declaração. — 115. Declaração apresentada pelo conjuge superstite ou herdeiros. — 116. O devedor pode retractar-se da declaração. — 117. Declaração espontanea da fallencia da sociedade, por intermedio de seus órgãos legitimos. — 118. Documentos que devem acompanhar esta declaração. Fallencia dos socios solidarios.

108. Faltando ao pagamento de alguma divida commercial a primeira obrigação, que a lei impõe ao devedor é declarar, em juizo, a sua fallencia, expondo as causas que a determinaram e o estado dos seus negocios.¹ O devedor obra espontaneamente, e quanto mais cedo

¹ Decr. n. 917, art. 5.

Merecem attenção as palavras "...deverá...apresentar... declaração." Tracta-se de uma obrigação imposta ao devedor.

A mesma disposição continha o Cod. Com., art. 805.

O Decr. n. 917 dá o nome de *declaração da fallencia* á, denuncia, participação, ou melhor, á confissão que o proprio devedor faz do estado de seus negócios. Em outros

desvenda a sua critica situação, maior prova de boa fé e honestidade offerece a seus credores.

109. A declaração da fallencia deve ser feita no preciso termo de cinco dias contados daquelle em que se der o primeiro vencimento de obrigação mercantil, sendo indifferente que seja ou não levada a *protesto*.¹ A concessão desse prazo, que parece curto, mas que a lei torna improrogavel, tem por fim dar ao devedor prazo razoavel para preparar os documentos instructivos da sua declaração.²

E para que o devedor de má fe não ache na lei auxilio a immoraes pretenções, é determinado que o decurso daquelles cinco dias sem a declaração faça incorrer o fallido nas penas da fallencia culposa, se da omissão resulte ficar fora da influencia da epocha legal algum acto que, dentro dessa epocha, seria nullo ou annullavel (n. 285).³

artigos emprega esta expressão como significando a sentença declaratoria da fallencia. Vejam-se os arts. 4, §§ 1, 2 e 3; 8.; 10.; 12; 28, a, e § 2; 29, f; 80. n. I., etc.

Neste vicio incorreram também o Cod. Com. Francez e Italiano. Soube evital-o o Cod. Belga empregando o termo confissão (aveu) para designar a declaração espontânea do devedor, e declaração para indicar a sentença que abre a fallencia.

No antigo direito portuguez a declaração espontânea da fallencia chamava-se apresentação do fallido. Vide FERREIRA BORGES, Dic. Jurid. verb., fallencia, fallido.

¹ Decr. n. 917, art. 5.

O Cod. Com., art. 805, marcava o prazo de tres dias. Igual prazo é adoptado pelos Cods. Coms. Belga, art. 440; Italiano, art. 686; Chileno, art. 1345; e Argentino, art. 1389. O Cod. Com. Portuguez concede dez dias, art. 697. A Lei Franceza de 4 de Março de 1889, art. 23, quinze dias, ficando assim modificado o art. 438 do Cod. Com. que marcava tres dias.

² Muitas vezes succede que o devedor não pode apresentar dentro do prazo de cinco dias, depois da falta de pagamento, o balanço do activo e passivo. A fallencia não raro vem de imprevisto e o devedor pode ter casas filiaes em logares afastados, das quaes lhe não é dado obter exactas informações dentro daquelle prazo. O Cod. Com., art. 817, parece que permittia um prazo supplementar de tres dias. O Cod. Com. Italiano (art. 746) resolve o embaraço dando ao juiz a faculdade de auctorisar o devedor a exhibir o balanço dentro de um prazo razoavel, desde que justifique a impossibilidade da apresentação e seja manifesta a sua boa fé. Esta solução, por equitativa, tem sido muitas vezes adoptada em nossa praxe. No foro de Santos é commum.

³ Decr. n. 917, art. 80 n. III.

— A falta da declaração da fallencia no prazo legal faz incorrer o devedor nas penas de bancarrota simples (fallencia culposa) na Áustria (Cod. Penal, art. 486), Itália (Cod. Com. art. 889 n. 2), Republica Argentina (Cod. Com. art. 1540 n. 3), Chile Cod. Com. art. 133 n. 7). O Cod. Com. Francez (art. 686 n. 4) e o Belga (art. 574) facultam ao juiz apreciar

Note-se que a declaração da fallencia pelo devedor deve ter llogar depois da falta de pagamento de obrigação mercantil. Não pode ser feita antes, embora o devedor se considere insolvente ou em vesijeras de fallencia.

110. *Declaração da fallencia pelo devedor sob firma individual.*

A declaração do devedor é verdadeira confissão do seu estado e tem por si a presumpção de verdade, pois não se comprehende que um commerciante se apresente como fallido sem que realmente o seja (n. 139).

Como, porém, de tudo a má fé se costuma aproveitar para tirar partido, a lei acautelou-se contra a expertise do devedor que, por calculo, deixasse de pagar no dia do vencimento alguma das suas obrigações mercantis e corresse a juizo para denunciar a fallencia propositalmente preparada, contando com alguma concordata ou outra concessão de determinado grupo de credores.

O juiz tem de abrir a fallencia desde que existe a falta de pagamento de obrigação mercantil, pois não lhe é dado indagar se o devedor não poudes ou não quiz pagar; mas os credores e o representante de ministerio publico ficam desde logo com todos os elementos para a apreciação da boa ou má fé com que procede o devedor. Eis porque exige a lei que á declaração da fallencia acompanhem:

- a) o balanço exacto do activo e passivo com os documentos probatórios ou instrumentos que o devedor achar a bem;
- b) os livros commerciaes no estado em que estiverem; e

se nesta falta houve ou não culpa. O Cod. Com. Portuguez (art. 697) obriga a apresentação do estado de quebra pelo proprio fallido, sob pena de se presumir culpa. Não estabelecem nenhuma penalidade por esta omissão as leis allemã e ingleza.

a) a relação nominal dos credores commerciaes e civis.¹

111. A palavra *balanço*, do latim *bince lances*, as duas conchas da balança, na linguagem commercial, designa a demonstração do activo e passivo do commerciante, apresentando o estado actual e real dos seus negocios.

O balanço que o devedor tem de apresentar deve conter as enunciações que o Cod. do Com., no art. 10, n. IV, exige para o balanço geral que todo o commerciante tem por obrigação formar annualmente, isto é, deve comprehender: todos os bens de raiz, moveis, semoventes, mercadorias, dinheiro, papeis de credito e outra qualquer espécie de valores, e tambem todas as dividas e obrigações passivas. Deve ainda ser datado e assignado.

Para facil verificação das forças do devedor, no activo não serão incluídas as dividas prescriptas, fazendo-se, porem, relacional-as em apartado com as necessarias explicações.²

Os bens que compõem o activo devera ter um valor real, effectivo correspondente não ao preço pelo qual foram adquiridos, mas ao preço corrente no dia do balanço, pois só assim se poderá verificar quaes as forças do activo para coraparal-as ao passivo.

O balanço offerecido pelo fallido não é um documento incontestavel, bastante para produzir inteira prova contra a massa.³

Levantado ordinariamente em momento critico e sob a pressão do terror de uma fallencia, pode conter erros e omissões; por isso está sujeito a rectificação, sem que em qualquer engano se veja má fé, culpa

¹ Decr. N. 917, atr 5, pr.

² Decr. n. 917, art. 5, § 1. Vide Cod. Com., art. 817.

³ O BOILEUX sur BOULAY-PATY, *Traité des Faillites*, vol. 1°, ns. 84 e 86; CUZZERI, II Cod. com. Ital. commentato, vol. 7, n. 58; HUMBLET, *Iraité des Faillites*, n. 50.

ou fraudo do fallido.¹ Os syndicos provisionarios da massa têm por dever verificá-lo,² e os definitivos revelá-lo.³

Se o balanço afasta-se da verdade provada com os livros e documentos do fallido, e é occultada qualquer somma de dinheiro, bens ou titulos, ou incluídas dividas activas pagas o prescriptas, tornando-se patente que não se tracta de um simples erro ou omissão, mas da intenção de apresentar um estado ficticio para prejudicar credores, a fallencia é qualificada fraudulenta.⁴

112. A lei exige tambem que a *declaração* da fallencia do devedor acompanhem os seus livros no estado em que se acharem. O devedor tem de apresentar todos os livros da escripturação e contabilidade da sua casa commercial,⁵ isto é, não só os legalmente indispensaveis (*Diario e Copiador de Cartas*), como tambem os facultativos. A disposição da lei é generica.

113. Finalmente, deve ser desde logo apresentada tambem pelo devedor a relação nominal dos seus credores coramerciaes e civis, afim de habilitar o juiz, a fazer a nomeação dos syndicos provisionarios.

114. A declaração da fallencia é apresentada em forma de requerimento,⁶ datada e assignada pelo devedor ou seu procurador (com poderes especiaes), contendo a exposição das causas do fallimento e o estado dos negocios, e terminando por pedir ao juiz declare aberta a fallencia. Recebendo a declaração do devedor, o juiz a entregará ao

¹ BOILEUX Bur BOULAY-PATT, Obr. cit., vol. I.º, n. 80.

² Decr. n. 917, art. 36, h. Vide n. 457.

³ Decr. n. 917, art. 61. Vide n. 645.

⁴ Decr. n. 917, art. 79, c, n. II. Se com um balanço nessas condições o fallido obtem concordata, vide ns. 570 e 586.

⁵ Cod. Com., art. 10, n. I.

⁶ O Decr. n. 917, no art. 4, a, diz expressamente que a fallencia pode ser *requerida* pelo devedor. Este requerimento é a propria declaração de que fala o art. 5.

escrivão a quem for distribuida com os documentos e livros, que immediatamente encerrará.¹ Concluzos os autos, o juiz examinará a materia allegada e proferira a sentença nos termos do art. 6.º de Decr. n. 917. Vide n. 161 e segs.

115. A morte do devedor não elide a fallencia (n. 59). O conjuge sobrevivente² ou os herdeiros podem fazer a declaração,³ representando o devedor para todos os effeitos commerciaes.⁴

A declaração da fallencia, quando feita pelo conjuge sobrevivente ou pelos herdeiros do devedor, subordina-se ás condições determinadas no art. 10 do Decr. n. 917 (n.º 59).

116. O devedor que expontaneamente vem a juizo confessar a sua fallencia pode retirar a *declaração* até antes da sentença judicial. O commerciante, embora impontual, pode, de momento, encontrar recursos para saldar as suas dividas exigiveis. Satisfeitas estas, não ha necessidade nem vantagem na abertura da fallencia.

117. *Declaração da fallencia pelo devedor sob firma social.* O que ficou dito relativamente ao devedor sob firma individual applica-se ás sociedades commerciaes. Estas devem, dentro do prazo legal, declarar a fallencia por intermedio dos seus órgãos legitime que sido aquelle ou aquelles socios que, pelo contracto social, pudera usar firma ou gerir em

¹ O Decr. n. 917 manda que os livros acompanhem á declaração e sejam tambem entregues ao juiz, que immediatamente os encerrará e, por sua vez, os passará ao escrevão. Como é impossivel junctar os livros de uma casa commercial á declaração da fallencia, a parte, de ordinario, requer que sejam encerrados no escriptorio commercial onde ficam á disposição do juiz. E esta a praxe.

² O Decr. n. 917, arte. 4, a, e 10 § 2, fala em vtuva, mas se se tractar de mulher casada commerciante o viuvo pode exercer equal direito. *Eadem ratio*.

³ Decr. n. 917, art. 4.º.

⁴ Decr. n. 917, art. 10 pr. e § 2.º

nome della;¹ podem tambem fazer a de todos os socios ao mesmo tempo, inclusive os coramanditarios, nas commanditas simples.²

Se a *declaração* não é feita por todos os socios, mesmo coramanditarios, o juiz tem a faculdade de, antes de proferir a sentença, ouvir por 24 horas, os que a não assignaram.³

O liquidante, como órgão representativo da sociedade, está tambem habilitado para fazer aquella *declaração* (n 61).

118. A declaração da fallencia apresentada pela sociedade commercial, devem acompanhar os mesmos documentos exigidos para o caso do devedor sob firma individual (n. 10), e mais o contracto social: se a sociedade é de facto (n. 53), deve-se, porem, junctar a indicação de todos os socios, sua qualidade⁴ e respectivos domicilios.⁵

Os socios podem ter responsabilidade solidaria e pessoal ou simplesmente limitada; a exhibição do contracto torna-se essencial para que o juiz se instrua sobre as pessoas que tem de incidir nos effeitos da fallencia.

Se a sociedade só existir ou tiver existido de facto, isto é, sem contracto devidamente registrado (n. 53), todos os socios, inclusive os que se disserem commanditarios ou não responsaveis pessoal e

¹ Cod. Com. art. 306 n. m.

— O Regul. n. 738, art. 110, dispunha que a declaração da fallencia por parte das sociedades em nome colectivo devia ser feita pelos gerentes da firma, ou por qualquer dos sócios se todos tivessem igual direito de usar da firma social. Nas mais sociedades incumbia aos socios gerentes a obrigação da apresentação.

² Decr. n. 917, art. 5 § 3.

³ Decr. n. 917, art. 5 § 3.

⁴ O Decr. n. 917 exige que se indique a qualidade dos socios da sociedade de facto. Para que, se todos elles, quando mesmo algum se diga commanditario respondem pessoal e solidariamente incidindo nos effeitos da fallencia? (Cod. Com. art. 301, *in fine*). Vide Cod. Com., art. 805, *in fine*; Regul. n. 738, art. 110, *in fine*.

⁵ Decr. n. 917, art 5, d.

solidariamente, incidem nos efeitos da fallencia, pois são responsaveis para com terceiros.¹

ARTIGO II

A fallencia promovida a requerimento de socio

Summario. — 119. Qualquer socio pode, em seu nome, requerer a fallencia da sociedade; prova que deve ministrar. — 120. Razão justificativa da disposição do art. 4, b, do Decr. n. 917. — 121. Este direito prevalece mesmo depois de dissolvida a sociedade. — 122. Resposta a uma objecção contra o direito facultado aos commanditarios. — 123. Quanto aos socios na participação. — 124. O socio requerente deve provar a sua qualidade. 125. Nas sociedades de facto o socio não pode, em seu nome individual, requerer a fallencia da sociedade.

119. A qualquer dos socios é facultado requerer, em seu proprio nome, a fallencia da sociedade.

Neste caso não se tracta de uma declaração espontanea da fallencia por parte da sociedade; o que somente podia ser feito pelos representantes legitimos desta ou mesmo por todos os socios, como se disse no n. 117.

¹ O Cod. Com., art. 301, 3 al., *in fine*, art. 305, *in fine*. Vide ORLANDO Cod. Com., nota 406, 1º questão.

Portanto, o socio, que, em seu nome individual, requer a fallencia da sociedade, está obrigado a provar, pelos meios ordinarios,¹ que se deu a falta de pagamento de obrigação mercantil no respectivo vencimento ou que, independente desta falta, existe qualquer facto caracteristico do estado de fallencia.

120. Nas sociedades commerciaes ha dois typos de socios: uns com a responsabilidade pessoal e solidaria; outros, limitada, isto é, restringida ao valor dos fundos pelos quaes se responsabilisaram no contracto social. Os primeiros tornam-se fallidos com a fallencia da sociedade; os segundos são obrigados somente a preencher as quotas a que se comprometteram.²

E' manifesto o interesse de qualquer desses sócios em provocar a fallencia da sociedade. Declarada esta em tempo conveniente pode ser attenuada, senão extincta, a responsabilidade pessoal de uns e evitada a perda das quotas realizadas por outros, ou poupado o preenchimento daquellas com que se obrigaram. Uma concordata pode também lhes trazer grande vantagem.

Eis a razão porque o Decr. n. 917, no art. 4, b, reconhece em qualquer dos socios, mesmo commanditario, ou em conta de participação, o direito de requerer a fallencia da sociedade.

121. Como as obrigações dos socios somente terminam depois de satisfeitas e extinctas todas as responsabilidades sociaes (Cod. Com. art 324), a fallencia pode ser requerida quer durante a vida normal da sociedade, quer depois de dissolvida e até de liquidada (n. 61).

122. Tem-se dito que os socios commanditarios, achando-se fora do movimento mercantil da casa e prohibidos de praticar actos de gestão, não deviam ter a faculdade de requerer a fallencia. Elles não são,

¹ Decr. n. 917, art. 4, §§ 3 e 4.

² Decr. n. 917, arts. 72 e 74.

porém, tão estranhos á sociedade, como parece; nas commanditas simples têm o direito de fiscalisar as operações sociaes e o estado da sociedade (Cod. Com. art. 314), e nas commanditas por acções, por meio da assemblea geral, exercem tambem eguaes direitos de fiscalisação (Decr. n. 434 de 1891, art. 227).

A fallencia, manifestando-se por actos exteriores, positivos, não passa indifferente aos maiores interessados, entre os quaes figuram certamente os que prestaram capitães ou se obrigaram a prestal-os, para. o fundo social.

123. As sociedades em conta de participação, que Deloison chama sociedades *ad intra*,¹ não têm individualidade juridica exterior; só existem relativamente aos associados; não têm firma, nem domicilio próprio; suas relações juridicas não se extendem a terceiros. O socio gerente ou ostensivo é o único que apparece, que contracta, que assume obrigações em seu nome individual (Cod. Com. art 326; Decr. n. 916, art. 3.º § 4.º); os *participantes* são desconhecidos do terceiros.

Os terceiros, portanto, nunca poderão requerer a fallencia da sociedade em conta de participação, pois que ella não constituo um ente colectivo distincto das pessoas dos socios *ostensivos*. Ao socio ou socios ostensivos ou *gerentes* e aos *participantes*, porém, o Decr. n. 917 deu esta faculdade (art 4, b).

A fallencia destas sociedades é a propria fallencia dos socios *ostensivos* ou *gerentes*,² e a revelação da existencia da associação nenhum prejuizo traz a terceiros; ao contrario, somente vantagens, pois os fundos sociaes vêm responder pelas obrigações do socio *ostensivo*, e os terceiros que contavam unicamente com a responsabilidade deste

¹ Sociétés Commerciales, vol 2, n. 553.

Sobre sociedades em conta de participação vide o brilhante e erudito estudo do Dr. JOÃO MONTEIRO, n'0 Direito, vol. 30, pag. 481, ao qual já nos referimos em a nota 3, pag. 52.

² O Decr. n. 917, art. 72, § 3.

podem se achar ainda mais garantidos com a responsabilidade dos *participantes*, os quaes têm de preencher as quotas com que se obrigaram.¹

Desvendada a sociedade, publicada a sua existência, o participante é um verdadeiro sócio commanditario,² e as razões que militam a favor deste para gosar o direito de requerer a fallencia da sociedade em commandita prevalecem relativamente áquelle.

Por sua vez, o sócio *ostensivo*, denunciando a existencia da sociedade, chama em auxilio a responsabilidade dos *participantes*, que, embora limitada, muito concorrerá para libertal-o dos encargos.

124. Não basta que alguém se diga socio de uma firma commercial para requerer a fallencia da sociedade; é essencial que prove essa qualidade exhibindo o contracto social.³

As sociedades em conta de participação não estão sujeitas ás formalidades prescriptas para a formação das outras sociedades e podem ser provadas por todo o genero de provas admittido nos contractos corameraciaes.⁴ Para que qualquer dos associados possa, porém, requerer a fallencia é mister apresentar prova escripta do contracto dessa sociedade.⁵

125. Nas sociedades *irregulares* ou *de facto* não é dada a qualquer dos socios a faculdade de *em seu proprio nome* requerer a fallencia, por isso mesmo que não pode *exhibir o contracto social*. Nestas sociedades todos os sócios (embora algum delles se diga commanditario

¹ Cod. Com., arts. 326 e 327; Decr. n. 917, art. 74.

² DELOISON chama a sociedade em conta de participação a irmã mais velha da commandita, não só porque a precedeu, como por manter com ella ares de familia muito accentuados.

³ Cod. Com., arts. 300, 301 e 303; Decr. n. 917, art. 4, 6.

⁴ Cod. Com., art. 325, *in fine*, e art. 122.

⁵ Decr. n. 917, art. 4, b, verbis: *exhibindo contracto social*.

ou de industria) são pessoal e solidariamente responsaveis (n. 118) e somente lhes é permittido fazer a declaração espontanea da fallencia em nome da sociedade, e nos termos declarados no n. 117 *supra*.¹

ARTIGO III

A fallencia promovida a requerimento do credor

Summario. — 126. Direito de qualquer credor, por obrigação mercantil, requerer a fallencia do devedor. — 127. Credor de divida não vencida. — 128. Credor condicional. — 129. Credor de obrigação natural. — 130. Credores que não podem promover a fallencia. — 131. O devedor com um só credor pode ser declarado fallido. — 132. Habilitação do credor commerciante para requerer a fallencia. — 133. Idem, quanto ao credor não commerciante. — 134. Responsabilidades que decorrem para quem requerer dolosa ou falsamente a fallencia de algum commerciante. — 135. A mesma responsabilidade no caso de culpa.

120. Se o devedor não declara espontaneamente a fallencia, dentro do prazo legal, ao credor é dada a faculdade de promover-a; é o meio natural de salvaguardar os seus direitos e interesses.

¹ O Decr. n., 917, no caso do art. 4, b, (requerimento da fallencia pelo socio), exige a exhibição do contracto social; no caso do art. 5, d, (declaração voluntaria da fallencia pelo devedor) contenta-se com a indicação de todos os socios, sua qualidade e domicilios, quando a sociedade existir ou tiver existido de facto. As sociedades irregulares não são bem acolhidas pela lei (art. 3 do Decr. n. 916 de 1890); por essa razão o Decr. n. 917 não deu a qualquer dos soteios a faculdade de requerer em seu proprio nome a fallencia da sociedade.

Qualquer credor tem a faculdade de individualmente iniciar o processo da fallencia, por minima que seja a importancia do seu credito; cada um é constituido pela lei gestor dos negocios de todos os outros para esse fim.¹

E' uma faculdade ampla que a lei confere a todos os credores, chirographarios ou não chirographarios,² commerciantes ou não

¹ THAILLER, Droit Com. n. 1514. E' também o que dizem os escriptores inglezes. ROBSON'S *A Treatise of Late of Bankruptcy*, pag. 226: "The petitioning creditor is considered as applying...not merely for bis own benefit, but also for the benefit of the debtor's creditors generally."

² A fallencia é um meio de execução sobre os bens do devedor e ninguém pode inicial-a sem manifesto interesse. Os credores que se acautelaram com garantias não têm os seus interesses em perigo com a queda pecuniária do devedor, pondera THALLER (Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, n. 121); subsiste a segurança; a possibilidade de um revés foi prevista. Estes credores têm um processo summario e executivo (os pignoratícios, a acção do art. 282 do Regai, n. 737; os hypothecarios, a do art. 382 do Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890) para realisar a cobrança; existe o objecto destinado a esse pagamento. Que vantagem lhes trará a fallencia? O interesse de agir só apparece quando a garantia se torna deficiente, porque então os credores privilegiados passam a ser chirographarios pelos saldos (Decr. n. 917, art. 70, n.IV, c)

A disposição do art. 4.,c, do Decr. n. 917 parece não auetorizar esta doutrina. Ahi se diz expressamente: credor chirographario ou não. A jurisprudência antiga, porém, decidira que os credores pignoratícios não podiam] requerer a fallencia do devedor senão quando verificada a insufficiencia da garantia (O Direito, vol. 38, pag. 409), e actualmente o Superior Tribunal de Justiça do Paraná, em Ac. de 9 de Junho de 1897, julgou que a divida commercial garantida por hypotheca não autorisava a abertura da fallencia (Rtv. de Jurisp., vol. 3, pag. 203). O fundamento do Ac. do tribunal paranaense encerra-se no seguinte: a hypotheca converte a obrigação mercantil em divida civil e esta não basta para determinar a abertura da fallencia. Esta razão é injuridica; não pode haver maior absurdo. Que se negue ao credor hypo thecario -o direito de requerer a fallencia do devedor por falta de interesse, vá que seja: mas sob o fundamento de a hypotheca converter a divida eommercial em civil, é baralhar idéas, é desconhecer principio" rudimentares de direito.

O Dr. CAETANO MONTENEGRO, nas observações que fez naquella Revista, pag. 205, acha conforme a direito a denegação da fallencia pelo accordam paranaense "obstando que um credor especial, antes do procedimento judicial competente para supprir a responsabilidade da divida se prevalecesse da fallencia como meio de execução, da qual se desinteressara, convencionando a especialização da sua garantia o sobre ella exercendo o seu direito, diversamente dos credores do fallido." Como se ve, o Dr. CAETANO MONTENEGRO considera a questão: sob o seu verdadeiro aspecto, e differentemente do tribunal da Paraná, com; quanto a sua opinião esteja em manifesta oppoaição á letra expressa do art 4, c, do Decr. n. 917.

O Cod. Com. Argentino, no art. 1393, prohiu que os credores hypotecarios e pignoratícios promovam a fallencia da sociedade sem justificarem que os bens onerados são insufficientes para o pagamento dos seus creditos. Mas, a razão que determina esta disposição é de caracter geral e deve preponderar em todos os casos (OBARRIO, Quiebras n. 49).

A Lei Sueca de 13 de Abril de 1883, art. 5, priva os credores garantidos com penhor on hypotheca de requererem a fallencia a menos que não provem ser insufficiente esta

commmerciantes,¹ nacionaes ou estrangeiros (n. 47), desde que a obrigação seja mercantil.

127. Pouco importa que a divida não seja vencida.² Quando, o devedor se torna impontual ou quando se manifesta qualquer dos factos caracteristicos da fallencia, o credor de divida, ainda não vencida, tem interesse em prevenir as eventualidades da mina economica a que fatalmente será arrastado o devedor. O prazo é concedido ao devedor em vista da confiança que inspirava o seu credito; se aquella desaparece, o prazo perde a razão de ser, *cessante causa cessat effectus*. (Cod. i Com. art 136). A fallencia é remedio preventivo (n.º 25).

128. O mesmo direito cabe ao oredor condicional; conquanto não tenha o direito certo e actual de exigir a divida, não está inibido da praticar quaesquer actos licitos tendentes á conservação dos seus futuros direitos(n.231).³ A declaração da fallencia é também uma medida conservatoria (n. 25.)

garantia para seu pagamento. Na Franca (RENOUARD, *Traité des Faillites*, vol. 1, pag. 279; DALLOZ, *Repert*: verb. Faitlite, n. 6), na Itália (VIDARI, Corso, n. 7665) e em outros paizes prevalece a doutrina contraria as legislações argentina e sueca. Na Inglaterra ha também disposição especial a tal respeito, *Bankiuptcy Act*, 1883, s. 6, subs. (2).

¹ O A lei não exige que o credor tenha a qualidade de commerciante; o devedor é que deve ser commerciante e a obrigação mercantil.

Divida ou obrigação mercantil é aquella que tem por objecto vim acto declarado commercial por lei, sendo indifferente que as pessoas sejam ou não commerciantes, por ex: as letras de cambio e de terra, os warrants, os cheques etc.

Podem haver obrigações mercantis:

- 1.º entre commerciantes;
- 2.º entre pessoas não commerciantes;
- 3.º entre credor commerciante e devedor não commerciante;
- 4.º entre credor não commerciante e devedor commerciante.

No 2.º e 3.º casos é impossivel a fallencia.

² Antes do Decr. n. 917 era vacillante a jurisprudencia, porém, os mais illustrados juizes do commercio assim entendiam. Vide HOLLANDA CAVALCANTE, *Informações*, pag. 23; MACEDO SOARES, *Reflexões, n' O Direito*, vol. 51, p.327.

³ O credor condicional é um verdadeiro credor. Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quâcumque actione, vel persecutione... sive puré, sive in diem, vel sub conditione. L. 10 Dig. 50, 16. Decr. n. 917, art. 23 § 2.º

129. A obrigação natural não auctorisa a declaração da fallencia.

130. Não podem, porém, requerer a fallencia:

1.º os credores por dividas civis (n. 63 e 154);

2.º os ascendentes, descendentes, conjuge, irmãos, sogro e sogra, genro e nora do devedor.¹ Reminiscencia do *respectus parentelce* esta prohibição funda-se em que muitas vezes é necessária a prisão preventiva do fallido e, em todo o caso, tem de ser apurada a sua responsabilidade criminal.

Depois da morte do devedor o conjuge sobrevivente ou seus herdeiros, ascendentes, descendentes e irmãos, sejam ou não credores, podem requerer a fallencia; desaparece a razão de ser da prohibição. A fallencia somente produz efeitos commerciaes (n. 115).

Outrosim, a qualquer desses parentes não é vedado defender, no processo pendente da fallencia, os seus direitos de credor. O que a lei prohiibe é tão somente o requerer a abertura da fallencia.²

131. O devedor que tem um só credor pode ser declarado fallido?

Não ha duvida que sim, em vista dos termos do art. I.º do Decr. n. 917. O estado de fallencia não resulta do numero de credores, mas da real situação do devedor commerciante; deixando este de pagar no vencimento

¹ Decr. n. 917, art. 4 § 2.º

O Cod. Com., art. 807, limitava a prohibição ao filho a respeito do pae e vice-versa, e ao marido a respeito da mulher e vice-versa.

Vide MACEDO SOARES, Reflexões n' O Direito, vol 51, pag 326.

O Cod. do Proc. Crim., art. 75, não admite procedimento criminal intentado pelo pae contra o filho, pelo marido contra a mulher ou vice-versa, pelo irmão contra o irmão.

Identica disposição nos Cods. Coms. Ital. art. 687; Portuguez, art. 696 § unico; Chileno, art. 1355. Em França é questão duvidosa.

² Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo de 17 de Agosto de 1898, na *Revista Mensal*, vol. 9, pag. 193.

obrigação mercantil liquida e certa ou praticando algum facto que caracterize também a fallencia, não se pode negar ao credor unico o direito de requerel-a pois, muitas vezes, é manifesto seu interesse na actuação dos efeitos que a fallencia a produz sobre os actos realizados pelo devedor na ultima epocha da sua vida mercantil. Negar ao credor este direito é privar-o de uma garantia com que contava quando tractou com o devedor.¹

A dificuldade mais séria é que nessa fallencia muitas disposições legais ficam sem applicação. Não ha syndicos, concordata, união: o processo toroa-se mais expedito e muito mais simples, o que não repugna á natureza da instituição, as obrigações do devedor e aos direitos do credor. O legislador cogita de casos ordinarios — *quod raro evenit prcetereunt legislatores*; dado, porém, o caso extraordinario de um só credor na fallencia, fica ao arbitrio do juiz simplificar o processo quanto possivel.²

132. O credor *commerciantes*³ para requerer a fallencia do devedor, deve:

¹ Antes do Decr. n. 917 assim pensavam illustrados juizes do commercio. Vide HOLLANDA CAVALCANTE, Informações, pag. 22; TOLEDO LESSA n' O Direito. Vol. 38. pag 5. Entretanto o Ac da Rel do Rio, de 11 de Outubro de 1897 (n'O Direito, vol 44, pag. 597), em um dos considerandos parece ato apadrinhar essa doutrina.

Os Cods. Coms. Argentino, art. 1396, Chileno, art. 1342, expressamente dispõem que se pode dar a fallencia com um só credor.

A jurisprudencia francesa tem assentado que não é o numero de credores que dá importância ao processo da fallenencia; haja um ou vinte, ella é legitimada pelos mesmos motivos, funda-se nas mesmas considerações de ordem publica. LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol7, n. 96, nota 2. O mesmo na Bélgica, NAMUR, Lè Code de Com. Belge, vol 3, n. 1593 4º; e na Itália, CUZZERI, Il Code. Com. Ital. Commentato, vol 7 n. 19. Na Hungria, onde a fallencia é extensiva aos não commerciantes, não é admittida a declaração da fallencia quando o devedor tem somente um credor (Lei de 1881, Annuaire de Legisl. Etrang., 1882, pag 323). Na Áustria a fallencia com um credor único somente pode ter logar quando este allega, com fundamento, a existência de algum acto nullo ou annullavel praticado pelo devedor. Lei de 16 de Março de 1884, art. 2º, no Annuaire de Legisl. Etrang., 1885, pag. 305.

² DALLOZ, Repert. Ver. Failite, n. 75; CUZZERI, Obra. Cit. Vol 7, n. 19

³ SE o titular do credito é uma sociedade em nome colectivo, não havendo no contracto social designação do sócios ou dos sócios, aos quaes seja pemitido o uso da firma, presume-se que todos têm igual direito de fazer uso della, e portanto o de constituir procurador para requerer a fallencia de devedores da sociedade de que faz parte. Ac. Da Cam. Civil da Corte de App. De 16 de Junho de 1898, na Revi. De Jurispru.; vol. 3, pag. 336.

a) Provar a inscripção da sua firma ou razão commercial no respectivo registro pela forma indicada no Decr. n. 916 de 24 de Outubro de 1890.¹

O credor estrangeiro sem domicilio na Republica, não podendo inscrever a sua firma ou razão commercial (Decr. n. 916, art 5.º), está dispensado desta prova;² mas pôde ser obrigado a prestar fiança custas.³

b) Exibir o titulo de divida mercantil.⁴

133. O credor não commerciante tem somente de exhibir titulo da sua divida mercantil.⁵ Vide nota 1, pag. 105.

¹ Decr. n. 917, art. 4 1(Vide nota 2, pag. 51). Esta disposição é peculiar á fallencia; não se applica ás liquidações das sociedades anonymas. Ac. Do Tribunal de Juuística de S. Paulo, de 1º de Novembro de 1895, na Revista Mensal. Vol 2, pág.96.

² Ac. da Camara Commercial (Capital Federal) de 5 de Junho de 1897, confirmado pelo da Camara Civil da Corte de Appellação de 8 de Julho do mesmo anno, Rev. De Jurispr., vol. 2, pág 83

Tem-se achado argumento contrario (salvo o caso de tractado ou convenção) na disposição do art. 4. §1 do Decr. n. 917, que não distingue entra negociantes estabelecidos dentro ou fora do paiz e na impossibilidade de realizar-se a reparação do damno causado pelo requerimento doloso ou falso (art. 8, § 6).

O Ac. da Camara Commercial é convincente, quando pondera que o registro da firma commercial, exigido pelo Decr. n. 917. art. 4.º § 1.º, é o procedido na forma indicada no Decr. n. 910, e o estrangeiro, domiciliado fora da Republica, não está a isso obrigado para realizar transacções dentro do paiz. Perderá o estrangeiro, diz o Ac, a qualidade de credor mercantil em razão do domicilio do seu devedor? Deixará o devedor de ser entendido fallido porque a divida vencida e não paga é a do credor estrangeiro? Tornar-se-á divida civil e, nesse caso, uma razão relevante para excluir a fallencia?

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, em Ao. de 20 de Agosto de 1898, decidiu muito bem que: um estabelecimento commercial de firma estrangeira, situado no paiz, não pode requerer a fallencia de devedor será provar que tem a firma registrada, embora se diga filial de casa situada no extangeiro (*Revista Mensal*, vol. 9, pag. 180).

³ Regul. n. 737, art. 730; art. do art. 95 pr. e § 1 do Decr. n. 917.

Os accordams de 5 de Junho e de 8 de Julho de 1897, citados em a nota 1 acima, decidiram que a fiança ás custas exigivel aos estrangeiros, no processo de fallencia, deve abranger o valor do damno a que se refere o art. 8º § 5.º do Decr. n. 917.

⁴ Decr. n. 917, art. 4, c.

⁵ Decr. n. 917, art. 4, c. Veja-se a *Rev. de Jurispr.*, vol. 5, pag. 57.

134. Pode acontecer que alguém dolosa ou falsamente requeira a declaração da fallencia de algum commerciante. Este facto é sufficiente para abalar o credito e trazer consequencias prejudiciaes.

A lei impoz ao juiz, que tomar conhecimento da causa em primeiras ou segunda instancia, a obrigação de na mesma sentença denegatoria da fallencia, condemnar o justificante ou requerente ao pagamento de perdas e danos, liquidaveis na execução perante o juiz que conhece da causa de fallencia.¹

¹ Decr. n. 917, art 8, § 5.

H O Tribunal da Relação de Afinas Geraes, em Ac de 6 de Julho de 1898 (no Forum, vol. 6, pag. 360) estabelece uma doutrina interessante sobre esta materia. Diz o accordam: "Considerando que na sentença sobre justificação de fallencia, para ter logar a condemnação dos justificantes em perdas e danos, carecia que o justificado, por petição ou embargos, nos termos do art. 8º § 1.º do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, tivesse allegado e provado que a declaração da fallencia fora requerida dolosa ou falsamente, pois que o dolo ou a falsidade não se presumem, sendo manifes temente inapplicavel ao caso a disposição do art. 35 § 4.º do cit. Decr., e assim fallc-cia base para tal condemnação em perdas e danos a se liquidarem na execução; C, que no processo da liquidação, versando os artigos sobre materia de que não se tratou na causa principal, toma esse incidente o character de acção inteiramente nova, em que rprecisa o liquidante articular e provar como effectivamente soffreu perdas e danos, e por estes são responsaveis os executados, que por sua vez podem contestar, mostrando que nada devem. *In dieta causa liquidationis, dato termino summario, interesse sive lucri sive damni erit articulandum et probandutn, ut in praxi receptum est.* (JUL. CAPON. cit. por LOBÃO no § 87 de seu Trat. sobre a exec. por sent.); C. que das allegações dos aggravantes, executados, em sua contestação, com relação á condemnação delle, pode-se conhecer sem desrespeitar a doutrina consagrada pelo ass. de 24 de Março de 1753, de que na liquidação não é admissivel questão alguma que entenda com a causa principal ou offenda a auotoridade do julgado, por ser a condemnação em perdas e danos não allegados ao menos na causa principal, nem declarados na sentença exequenda em que consistem, assim ter a condição implicita *si probabitur in causa liquidationis* — e o aggravado liquidante de nenhum modo provou que o requerimento de declaração de fallencia tivesse-lhe trazido os prejuizos provenientes de abalo em seu credito como commerciante e outros que allegou em seus artigos; C. finalmente, que se a sentença exequenda não constitue caso julgado para qualquer effeito, uma vez que assim o declara sem restricção o art. 9.º do cit. Decr. n. 917, de sua materia, na parte em questão conjuntamente com a decisão aggravada, pode o Tribunal conhecer no presente recurso (ággravo) substitutivo da appellação que cabia no caso, segundo o art. 1261 da Cons. das L. do Proc. Civil. (cit. Ass. de 24 de Março de 1753), e pela qual se devolveia então o conhecimento integral do feito ao tribunal superior. Pelas expostas considerações, dando provimento ao aggravado, mandam que o juiz *a quo*, reformando sua decisão, julgue improcedente a liquidação, extincta a execução, etc."

O Cod. Com., art. 808, *in fine*, dava ao commerciante injuriado por ter sido indevidamente requerida a fallencia a faculdade de intentar a acção de perdas e danos contra o autor da injuria mostrando que este se portara com dolo, falsidade ou injustiça manifesta. N'O Direito, vol. 57, pags. 82 a 88 acham-se as sentenças proferidas numa dessas acções.

135. No caso de culpa, ou melhor, nos casos de *negligencia* ou pé *imprudencia* do requerente da fallencia, tem o commerciante prejudicado o direito de exigir perdas e danos?

Pensamos que sim. Somente nos casos de dolo ou falsidade pode a condenação do requerente ter logar na propria sentença denegatoria. Mas, no caso de culpa applicara-se as regras de direito commum. Se algum credor ou terceiro vem a juizo, sem estar certo do seu direito, inquietar temerariamente o devedor, e prejudica-lo no credito, nada mais conforme aos sagrados principios do direito e da justiça do que responder pelo damno causado em virtude da imprudencia ou negligencia.¹

Um dever geral, commum a todos os homens, é o de não lesar a ninguém. Os Romanos consideravam-no como uma das bases fundamentaes do edifício juridico,² e no Direito hodierno é elevado á categoria de regra de ordem publica.³

Os codigos das nações cultas constituem na obrigação de indemnizar todo aquelle que causa damno a outrem.⁴

No caso de *culpa* a indemnisação deve ser pedida em acção ordinária. Tracta-se de uma responsabilidade por quasi-delicto, que não foi, nem podia ser, annullada pelo Decr. n. 917. Este Decr., no art 8º, § 5.º, determinou apenas que, reconhecido o *dolo ou a falsidade* da parte

Os tribunaes tinham assentado que estas acções de indetnuisação deviam ser pro postas no juizo commum e não no commercial (vide ORLANDO, Cod. Com., nota 1267). O Decr. n. 2162 de 9 de Novembro de 1895, que approvou o regimento de custas judiciarias de justiça local do Districto Federal, dispõe, no art. 24 que "havendo malicia convencida e inexcusavel da parte do vencido, deve ser condemnado no dobro ou tresdobro das custas."

¹ Ler-se-á com proveito LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. 20, ns. 412 e 413.

² Juris pnecepta hsec sunt: honeste vivere, a alterum non adere, suum caique tribuere. L. 10, Dig. 1, 1.

³ SOURDAT, *Theorie Générale de la Responsabilité*, vol. 1, n. 662, sexies, pag. 679.

⁴ Cods. Civis Portuguez.art. 2361; Francez, art. 1383; Italiano, arts. 1151 e 1152; Federal Suisso das Obrigações, art. 50.

do justificante, fosse este condemnado á indemnisação na sentença denegatoria da fallencia.

ARTIGO IV

A fallencia promovida a requerimento do curador fiscal.

Summario. — 136. A attribuição do curador fiscal. — 137. Meios que a lei lhe dá para verificarquaesoscommerciantes impontuaes. — 138. Defeitodalei e a sua não observancia.

136. Abolindo a declaração da fallencia *ex-officio*, o Decr. n. 917, art 4.º, d. conferiu ao curador fiscal das massas fallidas, órgão do ministerio publico, a *faculdade* de requerer a fallencia dos commerciantes impontuaes, isto é, daquelles que, sem relevante razão de direito, deixam de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil liquida certa (n. 107).

137. Para habilitar este funcçionario a desempenhar essa árdua e perigosa attribuição, o Decr. n. 917 determinou que no primeiro dial util de cada semana o official dos protestos lhe remettersse, e também ao juiz do commercio,¹ relações dos protestos interpostos durante a semana precedente, indicando a respeito de cada protesto a data, o nome, cognome e o domicilio das pessoas que o fizeram e daquellas contra quem feito, a data da obrigação, seu valor, a data do vencimento e os motivos da recusa do pagamento.²

¹ Na comarca da capital de S. Paulo essas relações são remettidas alternadamente aos dois promotores publicos, que exercem os logares de curadores fiscaes. Lei Estad. n. 338 de 7 de Agosto de 1895, art. 15.

² Decr. n. 917, art. 3, § 2.

Inspirou-se o auctor do Decr. n. 917, nos Cods. Coms, da Belgica, art. 443, e da Italia, art. 689, que, admiitiendo a declaração *ex-officio*, mandam dentro de determinado prazo remei ter ao juiz competente estas relações para que conheça o estado do devedor. (Vide nota 1, pag. 113).

Essas relações serão entregues mediante recibo, devendo ser archivadas e semestralmente encadernadas as que foram recebidas pelo juiz, ficando sob a guarda do escrivão do juizo do commercio que o juiz designar, se houver mais de um.¹

O curador fiscal verificando se os devedores são commerciantes, procederá como entender conveniente, dando ao juiz conta do resultado das suas investigações.²

As expressões *procederá como entender conveniente* deixam saliente que se tracta de uma faculdade (n. 136), conferida ao arbitrio do curador fiscal. Elle é tão somente *obrigado* a dar conta ao juiz das *investigações* que houver feito, isto é, se o devedor é corameriante, se as dividas foram pagas ou novadas mesmo depois dos protestos etc, etc., mas não a requerer a fallencia.

138. Estas disposições do Decr. n. 917 não têm sido regularmente executadas, mesmo porque são injustificaveis. A providencia legal, de um lado, é deficiente pois nem todas as obrigações mercantis liquidas e certas, não pagas no dia do vencimento, vão a protesto; de outro lado é de extrema severidade pois coloca o curador fiscal na posição de gestor de negocio dos credores, dando logar a abusos lamentaveis.³ Ainda mais: letras de cambio e titulos a ellas equiparados não são exclusivamente destinados ao commercio;

¹ Decr. n. 917, art. 3, § 3.

² Decr. n. 917, art. 3, § 4.

³ Não ha muito o Jornal do Commercio noticiava em seus telegrammas que o curador das massas fallidas da capital de um dos Estados do Norte requerera, após renhido pleito na eleição presidencial de 1898, grande numero de falleneias de opposisionistas ao governo local.

O CONS. MINTZE RIBEIRO, na interessante monographia — Da Reforma da Legislação Commercial, Lisboa, 1877, pag. 72, escreve: “Para nós, as funcções do ministerio publico só começam, quando, com a culpa ou a fraude, se manifesta um crime, em caia punição interessa a sociedade inteira. Até ahi, apenas, se debatem interesses individuaes de devedores ou credores, a que a sociedade deve ser alheia. JB quanto á iniciativa dos tribunaes, a não queremos, para que não se de o absurdo de julgarem o pleito os proprios que o intentam.”

gyram tambem entre pessoas não commerciantes, e, se vão a protesto, para que essa publicação e divulgação do mau estado economico do devedor?

E' finalmente lacunosa a lei nesta parte, e não satisfaz os elevados intuitos para que foi instituída, porque os casos mais graves de fallencia estam definidos no art 1'.º § 1.º do Decr. n. 917, em muitos dos quaes se manifesta o artificio fraudulento. No emtanto, o curador fiscal, órgão do ministerio publico, não está auctorisado a proceder nesses casos, e quando estivesse lhe falhariam elementos!

SECÇÃO III

Instrucção do processo declaratório da fallencia. – Seqüestro dos bens e livros do devedor

Summario. — 139. Instrucção da causa de fallencia. — 140. A impontualidade do devedor provada com o protesto. — 141. Registro especial para os protestos de titulos que não estão, por lei, sujeitos a essa formalidade.— 142. O protesto pode ser supprido por outro meio. — 143. No caso de impontualidade essencial a audiencia do devedor. — 144. Se ouvido, o devedor pode pedir prazo para provar as suas allegações. — 145. Opportunidade da defesa, quando não ouvido. — 146. Os factos caracteristicos do estado de fallencia, independentemente da falta de pagamento, devem ser previamente justificados. — 147. Neste caso a audiencia do devedor ou seu representante é necessaria. — 148.

Opportunidade da defesa do devedor. —
149. Sequestro dos bens e livros commerciaes. — 160. Bens de terceiros entre os sequestrados.

139. A fallencia pode. ser declarada:

a) quando ha falta de pagamento de obrigação mercantil liquida e certa no vencimento, sem relevante razão de direito (impontualidade), ou

b) quando, sem a falta de pagamento, ocorre qualquer facto que legalmente caracterise o estado de fallencia (n. 44).

Para a instrucção do processo declaratorio da fallencia, a parte que o promove tem de expor os elementos de facto e de lhes applicar a correspondente regra de *direito*. O *facto*, que constituo o objecto de toda a causa, deve ser *provado*, para que o juiz pronuncie a sentença. Se a fallencia o declarada em juizo pelo proprio devedor, a sua confissão espontanea dispensa qualquer outra prova (n. 110). Quando, porém, é provocada por algum dos interessados ou pelo curador fiscal, têm elles de provar concludentemente o estado de fallencia do devedor.

140. No 1.º caso acima referido, isto é, quando ha falta de pagamento de obrigação mercantil liquida e certa, a impontualidade deve ser provada cora certidão do protesto interposto perante official publico encarregado dos protestos de letras.¹

¹ O Decr. n. 917, art. 3.; Regai. n. 737, art. 375.

A jurisprudencia franceza tem adoptado como signal exterior mais seguro para provar a cessação de pagamentos o protesto por falta de pagamento. LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7., n. 64; THALLER; *Droit Com.*, n. 1491.

A legislação belga dá tanto valor aos protestos que impõe aos respectivos officiaes do registro (*receveurs de l'enregistrement*) a obrigação de, no principio de cada mez, enviarem ao presidente do tribunal a relação dos protestos de letras de cambio e titulos á ordem, interpostos durante o mez anterior. Cod. Com. Belga, art. 44.

O mesmo determinam o Cod. Com. Italiano, art. 689, e o Roumaico, art. 701.

Não basta, portanto, o facto do vencimento da divida, sem pagamento, para conferir ao credor o direito de requerer a fallencia do devedor, de sujeital-o á severidade deste regime; a lei não considerou, e com razão, esse facto por si só prova irrefragavel da impontualidade, a qual pode nascer de uma simples negligencia do credor ou do devedor; tornou o exercicio daquelle direito dependente de um acto preliminar e solemne: o protesto, isto é, a intimação feita por official publico ao devedor para pagar a divida vencida ou dar as razões de sua recusa.¹

Pode-se applicar ao credor que deseja promover a fallencia do devedor, nesse caso, o que BACON dizia do legislador: *maneant creditor, priusquam feriat*.²

141. como nem todos os instrumentos de obrigações liquidas e certas, enumeradas no art. 2.º do Decr. n. 917, estão sujeitos ao protesto

O egregio MANCINI, ao propor a disposição que figura hoje no art. 689 do Cod. Italiano, declarou que o fim “era preparar os meios de prova da cessação de pagamentos ou a data desta” (Verb. *della Commissione*, n. 764.)

— Um illustrado juiz já havia lembrado a remessa diaria dos protestos aos juizes do commercio para que estes podessem cumprir com disoreção a disposição do art. 807, reproduzida no art. 108 do Regul. n. 738, a qual lhes dava a faculdade de abrir a fallencia *ex-officio*. HOLLANDA CAVALCANTE, Informações, pag. 21.

A Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860 cogitou também de um caso em que o protesto, por si só, provava plenamente a fallencia (fallencia dos bancos de circulação), art. 1, § 5. O Decr. n. 2691 de 14 de Novembro de 1860 que marcava os casos de fallencia dos bancos e outras companhias e sociedades anonymas e o processo que em taes casos se devia seguir, repete a mesma disposição no art. 3, § 2.

¹ Acoordam do Trib. da Relação do Estado do Rio de Janeiro, de 26 de Novembro de 1895, *n'0 Direito*, vol. 72, pag. 375. Ac. do Cons. do Trib. Civil e Crim. da Capital Federal, de 27 de Junho de 1892, na *Rev. do Inst. da Ord. Idos Adv. Braz.*

² Encontramos simile deste processo na Lei Suissa de 1889, arts. 159 e 166: a fallencia é em geral declarada depois da notificação comminatoria de ameaça de fallencia, feita no caso de o devedor não pagar no prazo de 20 dias contados da epocha em que foi citado para este fim.

A lei Inglesa com a sua *bankruptcy notice* estabelece tambem um preceito comminatorio para uso do credor. Vide ROBSON'S *A Treatise of the Law of Bankruptcy*, pag. 182. A *bankruptcy notice* é uma espécie de preceito com ameaça de fallencia, que o credor faz ao devedor, em virtude de sentença definitiva que haja oondemnado este ultimo, intimando-o a pagar no prazo de sete dias, a contar da notificação, a importancia da divida constante da sen tença. Se não é paga, o devedor incorre em um dos *acts of bankruptcy* estabelecidos na lei, e sob este fundamento o credor promove a declaração da fallencia do devedor (*bankruptcy petition*).

necessario e obligatorio,¹ a lei creou um serviço especial de protestos, para que o credor justificasse que mostrou diligencia em receber o objecto da obrigação e provar a recusa por parte do responsavel.²

Esse protesto pode ser interposto era qualquer tempo depois do vencimento da obrigação, será lavrado em livro especial, aberto, numerado e rubricado pelo juiz do commercio, e deverá conter:

1.º Declaração da hora, dia, roez e anno da apresentação do titulo ao official do protesto;

2.º Por extracto, o titulo da divida;

3.º Certidão de intimação ao devedor para pagar ou dar a razão de não pagar, a resposta dada ou declaração de nenhuma ter sido dada;

4.º Assignatura da pessoa que protestar;

5.º Data do dia em que o protesto for interposto e a daquelle em que se tirar o instrumento, o qual deverá ser assignado pelo protestante, subscripto pelo official publico e por este entregue dentro de três dias, sob pena de responsabilidade e de satisfazer perdas e damnos.

142. Estes protestos não podem ser suppridos por outros meios, taes como a declaração extrajudicial do não pagamento, a demanda posta em juizo, a interpellação judicia, etc. Às expressões da lei

¹ O protesto ó dispensado:

a) nas notas promissórias, conhecimentos de frete, apólices de seguro que não têm endosso (Begul. n. 737 de 1850, art. 372 § 1.º);

b) contra o açoitante, se a letra não é paga (Cod. Com. art. 381; Begul.n. 737, art. 372 § 3.º).

Não estão sujeitos a protesto obligatorio: as escripturas publicas e instrumentos como taes considerados pelo Cod. Com. e leis civis; os instrumentos de contractos commerciaes; as facturas; as debentures; os recibos dos trapi cheiros; os cheques; as notas dos corretores e as contas mercantilmente extrahidas de livros commerciaes.

² Decr. n. 917, art. 3. § 1.º

São estas mais ou menos as declarações que deve conter o acto dos protestos dos titulos sujeitos a esta formalidade (Cod. Com. art. 406). O acto desse protesto especial para a fallencia não precisa ser subscripto por testemunhas presencias, como exige o Cod. Com. no art. 406, n. VI.

são claras e terminantes exigindo que o protesto seja interposto perante o official publico encarregado do protesto de letras, o qual deve receber e certificar a resposta do devedor.

143. No caso de impontualidade do devedor a fallencia abre-se, como se ve, por força do titulo protestado. A audiencia do devedor não é essencial; fica ao arbitrio do juiz ordenar que este dê as razões do não pagamento em vinte e quatro horas.¹

No exercicio desta faculdade o juiz tem de mostrar-se muito criterioso, attendendo aos motivos da recusa do pagamento, constantes do protesto; deve considerar que se a lei, por motivos superiores, imprimiu não processo preliminar da abertura da fallencia uma forma profundamente derogatoria do direito commum, auctorisando a sentença judicial até sem audiencia e defesa da parte,² casos existem em que seria iniquo privar o devedor de se defender, tanto mais quanto a propria lei estabelece as bases da defesa enumerando as relevantes razões de direito que justificam o não pagamento de divida mercantil.³

144. Se o juiz ordena a audiencia do devedor, pode este allegar, nas vinte e quatro horas, quanto seja necessario para excluir a fallencia, e, se se tractar de materia que dependa de prova, o mesmo devedor pode pedir ao juiz o prazo de três dias para esse fim (n. 151).⁴

¹ Decr. n. 917, art. 4, § 3: verbis, o juiz poderá ordenar...

² VIDARI, Corso, vol. 8, ns. 7671 e 7672, justifica muito bem esse deflúvio que segue o processo da fallencia. Neste assumpto, escreve o preclaro escriptor, devemos pôr á margem todos os escrúpulos doutrinaes para considerarmos as verdadeiras necessidades da vida real.

³ Decr. n. 917, arts. 1, pr. e 8, § 1.

⁴ Decr. n. 917, art. 8, pr.

Esta doutrina foi suffragada pelo Cons. do Trib. Civil e Crim., da Capital Federal, em Ac. de 24 de Abril de 1891 (aggravante o corretor Sellim Castello), que em seus motivos assim se expressa: "na generalidade da disposição do art. 8, pr., do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890 acha-se comprehendida a materia das allegações de fls. 9 tendentes a demonstrar não ser *certa e liquida* a divida constante do protesto de fls. 3..."

Citamos este accordam sem, em absoluto, acceitar a doutrina que encerra quanto ao fundo (vide nota 4 á pag. 121), mas somente na parte em que resolveu que, nas declarações da fallencia por falta de pagamento de divida certa e liquida constante do titulo protestado, pode o devedor allegar e provar em um triduo *quanto seja necessario* para excluir-a.

O CONS. MAFRA, Juiz do Tribunal, e que abriu a fallencia, em estudo publicado no Jornal do Brazil (da Capital Federal), de 9, 10 e 11 de Maio de 1891, combateu a doutrina do accordam, dizendo:

Pelas proprias palavras diligencias anteriores (que outras não são senão as relativas á prova ou justificação de alguns dos factos caracteristicos do estado de fallencia, § 4 do art. 4.º), é visto que a disposição do art. 8., pr., se refere somente aos casos em que tem logar essa prova ou justificação, par destruir os *caracteristicos* ou, na phrase do art. 807 do Cod. Com., os *factos indicativos* de insolvencia; materia que também será a dos embargos ou agravos, a que se refere o art. 8.

O art. 8, pr., em que se fundou o accordam não é, portanto, applicavel á declaração da quebra *pelo não pagamento de divida certa e não liquida*, e por força do protesto (art. 1º); até porque, neste caso, não ha nenhuma diligencia anteriores á declaração da fallencias a não ser a faculdade (poderá, diz o § 8 do art. 4) que tem o juiz de ouvir o fallido e apenas no prazo de 24 horas; rigor, que não observei, pela duvida de ser ou não applicavel á especie a concessão do triduo e fundado na *benigna ampliando*.

Sem duvida, fundado no pr. do art. 8., assim interpretado, pode o devedor citado para assistir á prova de algum dos factos caracteristicos da incia, allegar e provar no triduo *quanto seja necessario* para destruir as presumpções, indicios ou indicações que aquelles factos geram; sem duvida pode então provar a sua sobrabillidade.

Na especie da fallencia de Sellim Castello, porém, outras que não a disposição do pr. do art. 8 eram as disposições a applicar desde que se não tractava de facto ou de factos indicativos ou caracteristicos da fallencia, e sim dei declaração de fallencia por não pagamento de divida liquida e certa constante de *titulo protestado*.

Neste caso só é applicavel a disposição do § 1 do art. 8 remissivo ao art. 1 da lei.

Neste caso, ou nos casos, em que a divida é liquida e certa pelos titulos enumerados na 1.º parte do art. 2, isto é, os titulos do art. 247 do Regul. n. 787 de 1850, as debentures e os coupons, os bilhetes á ordem pagáveis em mercadorias, etc.. etc., a unica materia que pode relevar da declaração da fallencia ou revoga-la, e que pode ser opposta contra os titulos de divida, é a falsificação, o pagamento, a novação, a prescrição e a materia dos arfa 588 do Cod. Com. e 252 do Regul. n. 737".

O Decr. n. 917 presta-se. com effeito, a esta interpretação restrictiva; mas na intelligencia dos seus artigos deve-se ter muito em vista a conciliação dos interesses dos credores e dos devedores (vide nota 1 á pag- 11).

Como negar ao devedor por ex: o direito de provar a falsidade do titulo (art. 8, § 1, a), com que foi instruido o requerimento de fallencia? Como pode o juiz declarar, ou não, aberta a fallencia á vista das simples allegações das partes dizendo uma que o titulo é verdadeiro e a outra falso? Não é, por ventura, requintada injustiça vedar áquelle cuja fallencia se requer, a prova de haver pago a divida? Nem sempre esta prova pode ser feita documentalmente, de prompto; muitas vezes, só mediante exame de livros pode o juiz ter a certeza do facto (Cod. Com. arts. 432, 433).

Accresce ainda que ha outras razões, alem das enumeradas no art. 8, § 1, que determinam a exclusão da fallencia. O art. 8 § 1 suppõe que a divida seja mercantil e o devedor commeroiante (art. 1º, pr. e § 2), que a fallencia já não esteja prevenida pelo devedor (art. 12), etc, etc.

Ora, se a fallencia é requerida exhibindo o credor divida civil, se a fallencia já está suspensa, se o devedor não é commerciante, como impedir a prova destes factos e declarar a fallencia, ainda mesmo que o devedor tenha titulos protestados? Não é uma questão prejudicial que exige prova?

O Decr. n. 917 confiou de mais no criterio do juiz dando-lhe a faculdade (não a obrigação) de ouvir o devedor no prazo de 24 horas sobre a recusa do pagamento (art. 4, § 3). Se o devedor, dentro deste prazo, allega factos dependentes de prova, o juiz não

A faculdade que o art. 4.º § 5.º do Decr. n. 917 dá ao juiz de interrogar o devedor, quando julgue conveniente, é medida de alta prudencia destinada a temperar o rigor da lei com os preceitos da equidade.

145. Se, porém, o juiz sem prévia audiencia do devedor declara aberta a fallencia, a este somente resta allegar e provar a materia de defesa de embargos á sentença, ou em recurso de agravo (n. 151).¹

146. No 2.º caso referido no n. 139, qualquer dos factos característicos do estado de fallencia deve ser justificado com instrumentos publicos ou particulares ou com o depoimento de testemunhas.²

147. E' essencial a citação do devedor para assistir á justificação.

Se já é fallecido, serão citados sua viuva ou seus herdeiros (n. 59). Estando ausentes aquella ou estes, ou havendo herdeiros menores, o juiz nomeará um curador *ad hoc*, que assistirá á justificação e requebará por petição o que for a bem dos direitos dos seus curatelados.³

A falta d aquella citação importa infracção da ordem do juizo e consequente nullidade do processo.⁴

O interrogatorio do devedor fornece muitas vezes uma boa prova; a lei dá ao juiz a faculdade de procedel-o quando julgue conveniente.¹

Ihe pode negar a dilação marcada no art. 8 pr. O que o juiz deve ter em consideração são os motivos da recusa de pagamento, que o devedor der por occasião de ser intimado do protesto.

Aquelle cuja fallencia for requerida pode, por via de embargos, provar amplamente as suas allegações, mas seria iniquidade não admittir desde logo a defesa com grande damno ao devedor, fazendo-o incidir nos gravissimos effeitos da fallencia embora por curto espaço de tempo. *Favorabilia amplianda.*

¹ Decr. n. 917, art. 8, pr.

² Decr. n. 917, art. 4, § 4.

³ Decr. n. 917, art. 4 § 4.

⁴ Ac. da Cam. Civil da Corte de App., da Cap. Fed., de 16 de Junho de 1898, na *Rev. de Jurispr.*, vol. 3, pag. 336.

148. O devedor ou seu representante pode, em quanto se procede as diligencias anteriores á declaração da fallencia, allegar por petição e provar, em um triduo, quanto seja necessário para excluil-a.² Vide n. 151 e segs.

149. Como, no caso de que tractamos, a fallencia somente tem de ser declarada depois de prévia justificação, a acção judicial não é tão prompta como no primeiro, exposto em o n. 140.

E' impossivel determinar um prazo brevissimo para, dentro delle, se proceder á todas as diligencias preliminares, e, não raras vezes, precisa-se garantir os interesses dos credores de possiveis descaminhos de titulos, de desvio de bens, de falsificação da escripturação, etc, etc. Por isso o Decr. n. 917, no art 7, permite que o juiz *ex-officio* (n. 107) ou a requerimento do curador fiscal ou do justificante, decrete o sequestro dos livros, correspondencia, titulos e bens do devedor para salvaguarda do activo.

Feito o sequestro dos bens do devedor, são elles immediatamente tirados do seu poder e entregues, com as devidas cautelas, a depositario idoneo que deve conserval-os em segurança até nova ordem do juiz.

Deixa assim o devedor de exercer a administração dos bens seqüestra dos, e de outro modo não se comprehende a applicação da medida.³ Vide n. 249.

Os effeitos deste sequestro são importantissimos; equipara-os a lei aos da propria fallencia relativamente aos actos e contractos do devedor. Vide n. 297.

150. Entre os bens sequestrados podem se encontrar bens alheios. O Decr. n. 917 permite ao proprietario reivindicar-os por meio de

¹ Decr. n. 917, art. 4 § 5.

² Decr. n. 917, art. 8, pr.

³ Assim sempre se tem entendido as Orda. Liv. 3, tit. 31 e tit. 73 § 2.º; Liv. 4, tit. 6 pr. e §§ 1 e 2 e tit. 96 § 12 etc.

embargos de terceiro, fundados em titulo de dominio com a posse natural ou civil com efeitos da natural.¹

A natureza, processo e efeitos destes *embargos* serão estudados em logar conveniente.

SECÇÃO IV

Defesa daquelle contra quem se promove a fallencia

Summario. — 151. Opportunidade da defesa. — 152. Razões ou factos que podem excluir a fallencia. — 153. a) A qualidade de não commerciante. — 154. b) A divida civil. — 155. c) As relevantes razões de direito que justificam a recusa do pagamento da obrigação no respectivo vencimento. — 156. d) A novação ou pagamento depois do protesto. — 157. e) A moratoria, a concordata preventiva e a cessão de bens. — 158. f) O deposito judicial. — 159. g) A nullidade de pleno direito do titulo. — 160. h) A illiquidez e incerteza da divida.

151. Emquanto se proceder ás diligencias anteriores á declaração da fallencia, o devedor, ou pretenso devedor, poderá allegar e provar, nos termos que deixámos dito nos ns. 144 e 148, quanto seja necessario para excluil-a.

Depois de proferida a sentença declaratória somente pode allegar e provar matéria de defesa por via de embargos, ou mediante o recurso de agravo (ns. 145 e 178).

¹ O Decr. n. 917, art. 150.

152. Quaes as razões ou factos que podem ter allegados e provados para excluir ou elidir a fallencia?

A defesa do devedor é amplissima: — quanto seja necessario para incluir a fallencia. Ahi entra em grande dose a livre apreciação do juiz. Entre as razões de defeza ocoorrem-nos as seguintes mais importantes:

153. A) A qualidade de não commerciante (ns. 51 e 81).

154. B) A natureza civil da divida (ns. 63 e 130).

155. C) As relevantes razões de direito, que justificam a recusa do pagamento no vencimento de obrigação mercantil liquida e certa.

Estas *relevantes razões* já foram estudadas nos ns. 86 a 93.

150. D) A novação ou pagamento da divida, depois do protesto, mas antes da declaração judicial da fallencia:

a) Porque a fallencia constituindo um meio de execução (n. 25), exige que a divida seja judicialmente exigivel. Ora, se o devedor novou a divida vencida, não paga e protestada, ou se pagou-a depois do protesto, não ha mais obrigação liquida e certa exigivel. Desappareceu a razão da fallencia.

b) Porque, acceita a doutrina contraria, podia dar-se o facto singular de uma fallencia sem credores. Exemplo: **A** tem somente quatro credores; não paga no vencimento os respectivos titulos; são estes protestados. Um dos credores requer a fallencia, e, enquanto se procede diligencias preliminares, **A** adquire recursos e paga a todos. Como declarar-se a fallencia? Para que? O interesse publico deve não exceder de seus naturaes limites.

Esta doutrina tem preponderado na jurisprudencia. No inicio da execução do Decr. n. 917 foi adoptada, na Capital Federal, nos extinctos juizos da 1.º vara commercial (Juiz Dr. MACEDO SOARES) e no

da 2.º (Juiz Dr. GONÇALVES DE CARVALHO),¹ e ainda no Conselho do Tribunal Civil e Criminal em accordam de 27 de Junho de 1892.²

O Tribunal de Justiça de S. Paulo tem-na tambem seguido.³

Se o devedor faz pagamentos a credores portadores de titulos protestados usando de meios ruinosos ou fraudulentos ou por outro qualquer meio prejudicial aos credores de titulos a vencer, estes não estão privados de requerer a declaração da fallencia que, neste caso, fica bem caracterisada nos termos do art. 1 § 1 do Decr. n. 917.

157. E) A moratoria, a concordata preventiva e a cessão de bens, medidas estas que obstara a declaração da fallencia (Decr. n. 917, art 12).

158. F) O deposito judicial feito nos termos dos art. 393 e seguintes do Regul. n. 737.

¹ Jornal do Commercio, da Capital Federal, de 10 de Março de 1892.

² Aggravo de petição: aggravantes Aspinall Rochefort & Cº e aggravado o juizo; *Rev. do Isnt. da Ord. dos Adv. Braz.*, vol. 14, pag. 52.

O Conselho do Tribunal Civil e Criminal, na fallencia do Conde de Leopoldina, por Ac. de 18 de Março de 1892, confirmando a sentença de 1.º instancia, decidia que a novação, afim de constituir relevante razão de direito para excluir a fallencia, devia preexistir ao protesto da divida, o qual é meio invencivel e prova *juris et de jure* do estado de fallencia. Este accordam, porém, não foi unanime; o juiz GONÇALVES DE CARVALHO proferiu luminoso voto, que muito convence. (Este Ac. foi publicado na See. Jud. do Jornal do Commercio daquelle tempo, e n'O Direito, vol. 69, pag. 106.)

³ Ao. de 6 de Março de 1896 no aggravo n. 810 da Capital, aggravantes Araújo & GX Oax. Jurid. de S- Paulo, vol. 11, pag. 172.

— A Relação do Rio, em Ac. de 10 de Março de 1876, decidiu que o credor,) que com outros convém em que o negociante entregue, a uma commissão, dentre elles nomeada, todo o activo e passivo da sua casa, afim de proceder á liquidação, vendendo os géneros, recebendo dividas, pagando os credores e praticando os demais actos de liquidação, não pode requerer fallencia contra esse negociante, pois os vencimentos dos titulos ficaram prejudicados com o referido contracto (Oax. Jurid. do Dr. PERDIGÃO, vol. 11, pag. 341).

O Dr. CARLOS PERDIGÃO, na mesma Gaxeta, pag. 369, traz um interessante artigo onde mostra que o contracto em questão não era dação em pagamento,] nem cessão voluntária e como tal não podia produzir novação; mas um man-\\ dato revogável por sua natureza, e não obstava ao credor requerer a fallencia do devedor.

O caso é commum na pratica.

— Por Ac. de 28 de Julho de 1898 julgou o Tribunal de Justiça de S. Paulo que não é razão para excluir a fallencia o accordo feito pelo devedor com alguns de seus credores para dissolver a sociedade e liquidar a casa commercial, embora este accordo seja julgado por sentença, pois para que podesse obrigar a terceiros seria preciso ou que elles nelle conviessem, ou que fosse processado como concordata com as cautelas e nos termos do art. 120 segs. do Decr. n. 917. Revista Mensal, vol. 9, pags. 89 e 90.

159. G) A nullidade de pleno direito do titulo (Regul. n. 737 art 684). Assim entendemos:

a) Porque o contracto, em que se dá tal nullidade se considera nullo e não tem valor sendo produzido para qualquer effeito juridico ou official;¹

b) Porque esta especie de nullidade pode ser allegada em defesa;² e

c) Porque deve ser pronunciada *ex-officio* pelo juiz, se consta do &tru mento ou prova literal.³

Não assim se se tracta de nullidade dependente de rescisão (Regul. i. 737, art. 685), pois os contractos annullaveis produzem todo o seu Ëffeito em quanto não annullados por acção competente.⁴

O Decr. n. 917, entre as relevantes razões de direito justificativas da falta de pagamento, enumeradas no art. 8, § 1, não incluiu a *nullidade do titulo*, mas isso não obsta a que esta nullidade, quando de pleno direito, seja allegada para excluir a fallencia.⁵

160. H) Tem sido objecto de duvida se, na generalidade da disposição do art. 8, pr. do Decr. n. 917, acha-se comprehendida a allegação de que a divida não é *certa e liquida*. Entendemos que sim, desde que o juiz se limite a apreciar o titulo ou documento válido da obrigação que lhe é presente; o que não poderá fazer é prejudgar a validade ou nullidade da transacção, origem da divida, pois esta materia deve ser resolvida por meio de acção regular.

¹ Regul. n. 737, art. 686, § 1.

² Regul. n. 737, art. 686, § 4.

³ Regul. n. 737, art. 686, § 3.

⁴ Regul. n. 737, art. 686, § 1.

⁵ Como será possível o juiz admittir um contracto hypothecario celebrado por escriptura particular, uma letra aceita por um menor, provado o facto incontinenti por documento incontestavel?

Como negar-se ao devedor o direito de contestar a liquidez e certeza da divida, por ex,: nos casos dos ns. *75 in fine* e *76 in fine*?¹

SECÇÃO V

Sentença declaratoria ou denegatoria da abertura da fallencia. Seus provimentos. Remedios contra ella.

Summario. — 161. Prazo para a prolação da sentença declaratória ou denegatoria da fallencia.

162. Praticadas as diligencias necessárias á instrucção da causa, o juiz, no prazo de vinte e quatro horas, proferirá a sentença decllrando, ou mio, aberta a fallencia.²

¹ O Conselho do Tribunal Civil e Criminal, em Ac. de 24 de Abril de 1891, julgou nesse sentido, comquanto nos pareça que, no caso julgado, se tractou antes de apreciar a validade da transacção, origem da divida, do que propriamente a sua *liquidez e certeza*. O CONS. MAFRA, no *Jornal do Brazil*, de 9 e 11 de Maio de 1891, combateu a doutrina deste accordam:

a) porque a lei para o effeito da declaração da fallencia, fixou taxativamente no art. 2. quaes as dividas liquidas e certas; b) porque para julgar da liquidez e certeza da divida, em *muitos casos*, força seria julgar ou antes prejudgar da validade ou nullidade da transacção, origem da divida, materia que somente pode ser decidida por meio de acção. O illustre magistrado é quem diz que conhecer da liquidez e certeza da divida em muitos casos é conhecer da validade ou nullidade da transacção. Logo, ha casos em que se pode conhecer da liquidez e certeza da divida sem conhecer da validade ou nullidade da transacção que lhe deu origem. E' precisamente em taes casos que. admittimos a defesa do devedor, na fallencia, sob este fundamento.

Quanto a lei ter fixado taxativamente as dividas *liquidas e certas* nada prova, pois que pode acontecer que, apparentando *liquidez e certeza*, não reunam essas qualidades. Por ex: o cheque, cujo passador não tem fruidos em poder do banqueiro, poderá constituir contra este um titulo de divida liquida e certa?

² Decr. n. 917, art. 6., pr.

ARTIGO I

Sentença declaratoria da fallencia

Summario. — 162. A sentença judicial é condição de forma para a real juridica da fallencia. — 163 Caracter dessa sentença. — 164. Seus provimentos. — 165. Indicação da hora. — 166. Fixação do termo legal da fallencia. Importancia deste provimento. — 167. Poder discrecionario do juiz nesse assumpto. — 168. Nomeação de syndicos provisorios. — 169. Prisão preventiva do fallido. — 170 Outras diligencias. — 171. Publicação da seu tença. 172. Comunicação á Jnncta Commercial — 173. Annotação no registro do commercio e no registro de firmas.

162. A impontualidade, provada pela interposição do protesto, ou a existencia de qualquer dos factos que o Decr. n. 917 taxativamente enumera (art 1.º § 2.º) não determinam, por si só, o estado juridico da fallencia com os seus effeitos legaes; este é obra exclusiva da sentença que lhe dá vida. Sem esta sentença não ha fallencia, não ha fallido. D'ahi dizer-se que a sentença declaratoria é a condição *de fôrma* para a realidade juridica da fallencia.

Corollarios:

a) Nenhum juiz ou tribunal, civil, commercial, criminal ou administrativo, pode, indirecta ou incidentalmente, reconhecer a existência do estado de fallencia de qualquer commerciante, sem que exista uma *sentença declaratoria* emanada do juiz competente nos termos do art. i.º pr. do Decr. n. 917.

A doutrina contraria inutilisaria a disposição do, art 6.º do cit. Decr., que se inspira em altos princípios (n. 171), e estabeleceria sentenças contra sentenças. Ticio reconhecido fallido pelos tribunaes de São Paulo e solvente pelos tribunaes da Bahia!

Argumenta muito bem Borsari: “A fallencia é um estado negativo, um estado de desordem que, entregue a si mesmo, cresce desmedidamente e produz iniquidade e injustiça. Os negociantes infelizes acham protecção e defesa neste benefico instituto, que tem por divisa: conservação, egualdade, respeito ao direito, justiça para todos. Mas não se obtém este escopo se não existe um magistrado que tenha competencia propria para *declarar a fallencia e organizar os seus effeitos juridicos*”.

b) Nenhuma acção criminal pode ser intentada contra o commerciante por crimes em materia de fallencia, sem que este estado seja judicialmenie declarado como acima se disse. O Cod. Penal, art 336, somente sujeita á penalidade o commerciante que for declarado em estado de fallencia; o Decr. n. 917, no art 78 § 2.º, manda instruir a denuncia com certidão da sentença de declaração da fallencia.

163. A sentença declaratória tem um caracter especialíssimo; é ama sentença *anormal*.¹

Em primeiro logar, ao contrario do que se observa no processo commum, onde a sentença é o ultimo acto, pondo fim á instancia e terminando o officio do juiz, aqui ella inicia a execução collectiva, chamando a postos todos os credores.

Em segundo logar, é muitas vezes proferida sem audiencia da parte mais interessada: o devedor. Mediante um processo fulmineo o juiz torna-se o arbitro supremo da situação (n.143). Somente depois de

¹ MATTIROLO, Trattato di Dir. Giud. Civile, vol. IV a 470: “E questa evidentemente una sentenza anormale, imperochè può emanare senza il eontraddittorio degli interessati, senza che neppure sia citato il fallito, e anche senza istanza di parti, d'ufficio.

publicada é que o devedor pode falar e defender-se (n.145). Em terceiro lugar, cria um estado excepcional de direito para o devedor; colloca a universalidade dos seus bens sob um novo regimen; *facit jus erga omnes*, estabelecendo uma condição particular para todos os credores. O caracter de universalidade desta sentença fica assim bem accentuado (n. 102).

164. A lei, tendo em muita atenção os grandes effeitos que emanam da fallencia, determinou que a sentença declaratoria contivesse certos provimentos, de modo que a acção da justiça se manifestasse logo, por meio de signaes visiveis, sobre todo o patrimonio do fallido.¹

Taes são:

165. A) A indicação da hora da abertura da fallencia. No caso de omissão, entende-se que foi ao meio dia.

166. B) A fixação do termo legal da fallencia.

A fixação deste termo é tão importante como a propria declaração da fallencia. Tracta-se de reconhecer a occasião exacta em que as difficuldades, ou o procedimento incorrecto do devedor começaram a perturbar os seus negócios e a depositar nelles o gérmen da fallencia, influindo directamente nas relações dos credores entre si e também entre terceiros.²

167. O Decr. n. 917 manda o juiz fixar na sentença declaratoria o termo legal da fallencia a contar da data em que se tenha caracterizado esse estado, não podendo, porém, retrotrahil-a á epocha que exceda de quarenta dias da data do primeiro protesto por falta de pagamento, da declaração do devedor ou do requerimento para a

¹ VIDARI, *Corso*, vol. 8, n. 7697.

Quasi todas as legislações modernas estabelecem expressamente os provimentos que deve conter a sentença declaratoria da fallencia. Cods. Coms Italiano, art. 691. Argentino, art. 1396, Chileno, art. 1860. O nosso Cod. Com., art. 809, também assim dispunha.

² RENOARD, *Traité des Faillites*, vol. 1, pag 282.

justificação.¹ Tem portanto o juiz um poder discrecional para determinar o momento pathologico da fallencia, no que se deve haver com a maior circumspecção, como aconselha Pardessus,² ou, segundo Vidari,³ com a maxima prudencia e tino.

Cada fallencia tem sua physionomia propria, segundo a qualidade do commercio do devedor e o modo pelo qual este empregou a sua actividade, e nas diligencias preliminares á declaração da fallencia é, em regra, irapossivel encontrar bases seguras para fixar definitivamente hqueile termo legal. A bom resultado somente pode chegar o juiz depois de ampla investigação cujo resultado só conseguirá no curso do processo da fallencia, e, principalmente, depois do exame detido dos livros, documentos, correspondencia, do fallido.⁴

Muitos juizes, achando-se impossibilitados de fixar desde logo, com segurança, a data em que a fallencia se haja caracterizado. marcam o prazo maximo, e corrigem esta parte da sentença declaratoria quando completos elementos lhes fornecem prova plena do contrario.⁵ Não vemos

¹ Decr. n. 917, art. 6 § unico, b.

— O Cod. Com., art. 816, mandava fixar o termo legal da fallencia a contar da date da declaração do fallido, ou da sua ausencia, ou desde que se fechassem os seus armazena, lojas, ou escriptorios, ou finalmente de outra epocha anterior em que tenha havido effectiva cessação de pagamentos, não podendo, porém, retrotrahil-a á epocha que excedesse alem de 40 dias da sua data actual.

— O Cod. Com. Italiano, art. 704, auctorisa o juiz a retrotrahir os effeitos da fallencia até três annos da data da sua declaração.

² *Cours de Droit Com.*, rol. 8, n. 1104.

³ Corso, vol. 8, n. 7712.

⁴ OBARRIO, *Quiebras*, n. 73.

Cod. Com. Portuguez segue nm systema muito sensato. Na sentença que resolve sobre a verificação e classificação de creitos, depois dos pareceres do administrador da massa e do ministerio publico, é que o Tribunal fixa a data da quebra. Arts. 716 a 720.

A determinação da data da quebra estabelece presumpção legal de insolvencia contra terceiros, alheios ao processo da quebra, e faz prova plena desse modo contra os credores, que a ali tiverem concorrido. Art. 791.

⁵ Capital Federal. Aggravo de petição n. 17 Agravante Francisco Rodrigues, aggravado Dr. Vicente Liberalino de Albuquerque.

Desp. aggr.: Declarou aberta a fallencia do aggravanto a datar do Maximo prazo legal, salvo prova plena de outra data.

mesmo inconveniente em que qualquer interessado (muito especialmente os syndicos ou o curador fiscal) peça aquella correcção ou emenda, provando plenamente que a fallencia deve retrotrahir-se á outra epocha que a designada pelo juiz.¹ Esta retroactividade, porém, nunca deve exceder do prazo maximo legal.

168. C) A nomeação de dois ou mais syndicos para a arrecadação e administração da massa fallida.²

Resposta do Juiz, às fls. 103: "Quanto a epocha legal da quebra, nao entendeu o aggravante a fixada no despacho de fls 89 v. Nem sempre, ao contrario raras vezes, consta precisamente dos autos a data em que se caracteriza o estado de insolvencia, tal é a complexidade de factos que, de ordinario, a constituem. E é o que succede no presente caso. Então, ao juiz que quizer fugir do arbitrio on ou da adivinhação nao resta outro meio senão determinar o maximo prazo legal de 40 dias, salvo a qualquer interessado a prova de ser a outra a epocha da qual começou o estado de fallencia. Foi o que fiz, e é o que sempre tenho feito em casos identicos, sempre que se me não depara um facto caracteristico do momento preciso da cessação do pagamento. Antonio Joaquim de Macedo Soares."

Accordam: Vistos e expostos este autos na corte de appellação: Accordam os juizes da camara civil que aggravado não foi o aggravante pelo daapacho de fls. 89... Finalmente, em relação ao prazo Maximo, marcado para os effeitos retroactivos da fallencia, conformam se com a ponderação do juiz a quo em sua resposta de fl 103, que adoptam. Negando, portanto, provimento ao aggravamento confirmam o despacho, do que foi interposto, pagas pela massa fallida as custas em que a condemnam. Rio, 23 de Abril de 1891. Faria Lemos, P. Com voto, Barros Pimentel, Fernandes Pinheiro, Bento Lisboa, Guilherme Cintra. Do Jornal do Commercio, vol. 43, pág 275.

Idêntica decisão n'O Direito, vol. 43, pág. 275.

Entretanto, O Tribunal de Justiça de S. Paulo, em accordam de 17 de Agosto de 1898 (Revista Mensal, vol. 9 pag. 193), resolveu que fazendo parte integrante do despacho de abertura da fallencia a fixação do termo legal, não é possível dividir-se o decreto judicial, dando-se como passado em julgado em uma de suas partes e não em outra.

-Os Cods. Coms. Francez (art.441), Belga (art. 442, 2º. Al), Italiano (art. 704), mandam que o Tribunal aprecie distinctamente os dois factos: a existência do estado de fallencia e a epocha da cessação de pagamentos, podendo decidir sobre ambos na mesma sentença se tiver provas sufficientes, ou declarar aberta a fallencia e resevar a decisão sobre a epocha legal para sentença ulterior, que pode ser proferida ex officio ou por iniciativa de qualquer interessado. O Cód. Com, Argentino manda que, na sentença declaratória, juiz fixe o termo legal provisorio (art. 1396, n. 7.); por ocasião da verificação e graduação de creditos o termo legal effectivo (art. 1461, n. 2).

¹ Assim ensina HUMBLET (Traité des Faillites, n. 65) relativamente ao direito belga. Os syndicos, representantes da massa, têm um interesse particular na boa e justa fixação do termo legal da fallencia. "Un intérêt éventuel, un intérêt general à ce que la faillite soit bien administrée, suffit".

² Nessa parte o Decr. n. 917 modificou profundamente o Cod. Com. que, nos art. 809 e 813, mandava nomear curadores fiscaes provisorios, depositarios provisorios etc. etc... Os inconvenientes destas disposições do Cod. foram bem salientados pelo Dr. MACEDO SOARES, Reflexões n'O Direito, vol. 51, pag. 340.

Desde o momento da abertura da fallencia o devedor é privado da administração dos seus bens; o conjuncto delles, inclusive direitos,) acções e dividas activas, é objecto de um singular sequestro ou penhora em beneficio da totalidade dos credores; estes formam, em virtude da sentença declaratoria da fallencia, uma *communio incidens pignoratícia*, a qual entra desde logo em actividade por meio de órgãos especiaes, os syndicos provisórios, que o juiz nomea para represental-a, para zelar os seus interesses, arrecadar e administrar o patrimonio do devedor durante o periodo preparatorio ou de instrucção da fallencia (n. 411).

O escrivão do feito deve notificar, com toda a urgencia, os syndicos nomeados para incontinenti assignarem termo de fieis depositarios e administradores (n. 415) e iniciarem a arrecadação dos bens (n. 435).

169. D) A prisão preventiva do fallido.¹

A prisão preventiva tem logar quando existe prova plena da culp ou fraude do devedor, de modo a auctorisar a pronuncia nas penas de fallencia culposa ou fraudulenta.²

¹ Sobre a prisão preventiva dos fallidos consulte-se o nosso direito antigo no Cod. Com, art. 823 e 824 e no Regul. n. 738, arts. 3 n. 1, 124 e 125.

Para o estudo da legislação comparada vejam-se Cod. Com. Francez (arts. 455, 456 e 460), Belga (art. 467), Italiano (art. 695), Portuguez (art. 712), Argentino (art. 1396, n. é e a lei de é de Outubro de 1890 permittindo a fiança), e o Chileno (art. 1350, n. 2).

² Decr. n. 917, art. 79, b, e c; Cod. do Proc. Crim., arts. 144 e 145.

O fallido pode impetrar *habeas-corpus* se considerar a prisão illegal (Decr.n 917,art. 17, § 1.º). Constituído no art. 72 § 22 do Pacto Fundamental o recurso de Habeas corpus sempre que o individuo sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência ou coacção por illegalidade ou abuso de poder, não tolera o amplíssimo texto constitucional outras restrições, que nao sejam as deduzidas dos §§ 13 e 15 do mesmo artigo e da especial disposição do art. 77, isto é, prisão resultante de pronuncia ou sentença proferida por juiz competente (lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, art. 18, § 2.º), ou prisão militar (decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 47) não há, pois, motivo porque fiquem os fallidos privados do uso de um recurso que o art, 354 do Cod. do Proc. Crim. estende ás prisões determinadas em processos civeis, e que. o art. 17, § 1º do decreto especial n. 017 de 24 de Outubro de 1890, em geral lhes garante sempre que á sua liberdade se puser qualquer constrangimento illegal, nuo processo de fallencia, cuja declaração que elles são obrigados a apresentar em juízo, ou a que, se não assistirem,

Na phase criminal, que corre em processo distincto e auto separado, o juiz da instrucção pode também, se houver prova sufficiente, decretar a prisão do fallido como medida comum de processo criminal.¹

O Decr. n. 917 não auctorisa a prisão preventiva dos cúmplices na sentença declaratoria da fallencia; somente pode ser decretada, nos termos do direito coram um, quando se tractar do processo criminal.

O juiz da fallencia é também investido da faculdade de, em qualquer estado do processo da fallencia, ordenar a prisão do fallido como medida administrativa e nos casos expressos no art 16 do Decr. n. 917. Vide n. 243.

170. E) As diligencias extraordinárias que o caso exigir.

171. A sentença declaratoria da fallencia, trazendo profunda modificação no estado do commerciante e tendo de produzir os seus efeitos *erga omnes*, deve ter uma publica notificação. Não são somente os credores que precisam conhecer a situação jurídica do devedor, mas os terceiros de boa fé que poderão tractar ulteriormente com o fallido. A auctoridade de coisa julgada não é nesta sentença limitada ás partes do processo. A indivisibilidade da fallencia, observa Thallee, não permite que alguém se torne fallido para uns sem ser ao mesmo tempo para todos².

podem oppor recursos, só de effeito devolutivo (decr. n. 917, arts 5 e 8, §§ 2 e 3), é coisa inteiramente distincta da prisão preventiva a que expressamente os sujeita o art. 6, d, do decrt. n. 917. Ac. do Supremo Tribunal Federal de 14 de Agosto de 1897.

A prisão preventiva do fallido, ordenaria na sentença declaratoria de fallencia, não pode ser protelada por culpa ou negligencia dos credores da massa; torna-se em constrangimento illegal, auctorisando a concessão do habeas corpus, quando não se procede, em tempo, ás diligencias necessárias para instruir a petição inicial, como determina o art. 78 do Decr. n. 917. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 2 de Março de 1897, em requerimento de habeas corpus, na Revista Mensal, vol. 5, pag. 320.

¹ Ac. Do Trib. De Just. De S. Paulo, de 15 de dezembro de 1895, na *Revista Mensal*, vol. 2, pág. 275.

² *Droit Com.* N. 1522

Por isso manda a lei que seja ella publicada immediatamente em mão do escrivão¹, e, dentro de duas horas, se affixe, por edital, um resumo á porta do juizo e da casa do fallido, do que se lavrará certidão para ser juncta aos autos e publicada pela imprensa, onde houver.²

No resumo serão omittidas todas as diligencias que forem de segredo de justiça, o que o juiz declarará na sentença³.

172. E' ainda dever do juiz communiear, com toda a urgência, o nome e cognome do fallido ás Junctas Commerciaes⁴; estas, por sua vez, darão immediato conhecimento ás Alfândegas e Mezas de Rendas, á Associação Commercial, ao presidente da Juncta dos Corretores e á administração ou agencia do Correio e dos Telegraphos⁵.

173. As Junctas Commerciaes, alem dessas communicações, farão as devidas annotações no registro do commercio se se tractar de sociedade, e no livro do registro de firmas, quer se tracte de firma individual, quer social, uma vez'que fosse inscripta⁶.

¹ Decr. n. 917, art.6, pr.

² Decr. n. 917, art. 11. A praxe o publicar-se pela imprensa a própria sentença ou o seu extrato.

³ Decr. n. 917, art. 11 § único.

⁴ Aviso do Ministério da Justiça, de 3 de Janeiro de 1891.

⁵ Decr. n. 917, art. 13. Este art. 13 está muito mal collocado no Titulo que tracta dos effeitos da declaração da fallencia, pois não tem por fim estabelecer ou regular um dos effeitos da fallencia, mas tão somente ampliar os meios de publicidade da sentença declaratoria.

Na pratica, os juizes officiam directamente as alfândegas, e especialmente a administração ou agencia do correio e dos telegraphos, em virtude da urgencia dessas communicações. Não podia ser mais infeliz o art. 13 do Decr. n. 917. As Juntas Commerciaes reúnem-se periodicamente; como cumprirem com diligencia o disposto no art. 13?

⁶ O Decr. n. 917, art. 13, fala somente de annotação no registro do commercio; do registro do commercio constam os contractos de sociedade (art. 301 do Cod. Com.). O Decr. n. 916 de 24 de Outubro de 1890, que creou o registro de firmas ou razões commerciaes, manda também que se faça ahi a averbação da fallencia.

Se porém, na sedo do estabelecimento fallido, não existe Juncta Commercial e a ,firma foi inscripta no cartório do registro de hypothecas, o juiz da fallencia deve mandar o escrivão do feito communicar ao official daquelle registro para fazer a devida averbação, nos termos do art. 11 § 2.º do Decr. n. 916 de 1890.

ARTIGO II

Sentença denegatoria da fallencia

Summario. — 174. A sentença denegatoria da fallencia. — 175. Não tem auctoridade de cousa julgada — 176. O mesmo credor não pode reproduzir os mesmo factos. — 177. Condemnação do requerente doloso em perdas e danos.

174. Se a prova apresentada não é plena, de modo a estabelecer m certeza juridica dos factos allegados, resta somente ao juiz julgar improcedente o pedido de declaração da fallencia.

Neste caso não se dá nenhuma transformação do estado juridico do commerciante. A sentença basta ser publicada em mão do escrivão, o que este deve fazer immediatamente;¹ não precisa ser affixada por edital e muito menos publicada pela imprensa.

175. O mais interessante caracter desta sentença é não ter auctoridade de cousa julgada.² Assim succede, mesmo entre as partes, pm todas as decisões que não reconhecera, nem estabelecem um novo

¹ Decr. n. 917, art. 6, pr.

² Decr. n. 917, art. 9.

estado era virtude do poder publico do qual se acham investidos os tribunales.¹

A fallencia pode ser declarada mais tarde á vista de factos que a auctorisarem.

176. Não é, porém, permittido ao mesmo credor, reproduzir os os *mesmos factos*, julgados improcedentes por anterior sentença, afim de obter a declaração da fallencia. Então ha caso julgado e, sob tal fundamento, pode ser impugnado o novo requerimento.²

Só a superveniencia de *novos factos* auctorisa a declaração da fallencia.

177. A sentença denegatoria da declaração da fallencia pode conter a condemnação ao pagamento de perdas e danos daquelle que, dolosa ou falsamente, houver requerido a abertura da fallencia. Este assumpto já foi estudado no n. 134.

ARTIGO III

Remedios judiciaes contra a sentença declaratoria ou denegatoria da fallencia.

Summario. — 178. Remedios contra a sentença declaratoria da fallencia — 179. Quem pode usar desses remedios. — 180. O credor prejudicado aggravar da parte da sentença que fixa o termo legal da fallencia — 181. Os embargos á declaração da fallencia constituem um instituto generis. —

¹ GARSONNET, Traité de Procédure Civile, vol. 3, nota ao § 466. LACOSTE, De la Chose Jugée n. 702.

² LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. t, n. 106.

182. Não têm effeito suspensivo. — 183. Processo destes bargos. — 184. Processo do agravo. — 185. Seu effeito suspensivo
186. Remedios contra a sentença denegatoria de declaração da fallencia
Pessoas que podem usal-os.

§ 1.º

178. Contra a sentença que decreta a fallencia dá o Dec.n.917 dois remedios:

1.º os embargos á declaração da fallencia;

2.º o agravo.

179. Esses remedios ficara á disposição do devedor.

Se se tracta de sociedade, esta é representada por quem tem o direito de usar da firma, ou gerir em nome della, nos termos do contracto institucional; a dissolução de pleno direito occasionada pela fallencia e a absorpcão dos poderes da representação social pelos syndicos na obstara a que o órgão legitimo da sociedade cumpra o ultimo dos deva rés, valendo-se daquelles remedios que tendera a restabelecer tudo no antigo estado.

Pouco importa mesmo que a sociedade já se ache em liquidação. A dissolução tendo concentrado o poder e a vida social nas mãos do liquidante, este é o representante da sociedade na sua vida anormal e tem por dever zelar a propriedade e interesses a seu cargo.

Fica salvo, era todo o caso, a qualquer socio pessoal e solidamente responsavel o direito de, era seu nome individual, usar daquelles remedios, pois a fallencia da sociedade lhes acarreta a propria fallencia.

180. E' licito a qualquer credor agravar da sentença declaratoria na parte em que esta fixa o termo legal da fallencia?

O Decr. n. 917 não provê acerca do caso, entretanto essa parte da sentença pode trazer grave prejuizo não só a algum credor como a terceiros, conforme a maior ou menor extensão que se dê áquelle termo. Vide n. 167.

A sentença declaratoria da fallencia organisa um processo colectivo onde vêm tomar parte todos os credores; a qualquer destes, ando prejudicado, não se pode negar o direito de reclamar e recorrer das decisões para o juiz superior. No caso figurado o credor prejuizo pode agravar com fundamento no art. 669 § 15 do Regul. n. 737 (n. 29).

Dos embargos á declaração da fallencia

181. Os *embargos á declaração da fallencia* iniciam-se e decidem-se no proprio juizo da fallencia; são um meio de se obter do juiz reconsideração ou reforma da sentença.

Estes embargos constituem um instituto *sui generis* e toda a sua eficacia manifesta-se quando a fallencia é declarada sem audiencia do devedor no caso do art. 3.º do Decr. n. 917, ou mesmo, quando ouvido art. 4, § 3.º), não lhe foi possivel no prazo legal provar o necessario para excluil-a. São verdadeiros meios de defesa e não propriamente um recurso; são conhecidos pelo mesmo juiz que abriu a fallencia; da sentença que os julgar ou não julgar provados cabe o recurso de agravo. Tracta-se evidentemente de um remedio differente dos embargos á sentença, recurso estabelecido no art. 639 do Regul. n. 737.¹

¹ Antes do Decr. n. 917 não faltou quem confundisse esses embargos com os embargos á sentença, 'recurso do direito commum, por não haver o Cod. Coni., nem o Regul. n. 738, estabelecido recurso da decisão dos embargos á de-lclaiiação da fallencia.

O CONS. OLEGARIO, *Exame critico*, n'0 Direito, vol. I.º, pag. 9, salientou essa differença, criticando a decisão do Tribunal do Commercio que declarou não caber agravo da sentença sobre embargos á declaração da quebra. No caso que se figura, escreve o venerando magistrado, não ha dois recursos. O fallido não aggravou; embargou; o

182. Os *embargos á declaração da fallencia* não têm efeito suspensivo.¹ Não estorvam as diligencias que os syndicos provisorios de proceder durante o periodo preparatorio da fallencia, por isso mesmo que até ao dia da reunião dos credores, determinada no art. 38 mo Decr. n. 917, devem taes embargos estar decididos.²

183. O Decr. n. 917 não regulou o processo desses embargos; limitou-se a dispor que deveriam ser decididos no prazo *improrrogavel* de vinte dias, contados da publicação da sentença.

Ordinariamente se ha observado a distribuição do tempo judiciario na forma do art. 113 do Regulamento n. 738, sendo então o proceso seguinte: juncta aos autos a petição de vista³ e citada a pessoa requereu a abertura da fallencia, continuam com vista os autos ao advogado do embargante por termo de dois dias, para dentro delles deduzia os seus embargos; e ao advogado do embargado ou ao próprio embargado, se for este o curador fiscal das massas fallidas, por equal. para os contestar. Vencidos esses prazos são as partes admittidas a produzir a sua prova na dilação de seis dias; e, finda esta, abre-se vista ao embargo por outros dois, para allegarem o que se lhes oferecer. Depois do que, sobem á conclusão os autos que deverão ser julgados dentro do prazo legal, isto é, dentro dos vinte dias contados da data da publicação da sentença declaratoria da fallencia.

embargo não é recurso; quem delle conhece é o mesmo juiz que proferiu a sentença embargada; consequentemente de sua decisão dever-se-ia dar o agravo ou appellação para auctoridade superior; do contrario, nullifica-se a providencia por falta de revisão do julgamento. E nem se diga que pode o fallido agravar em vez de embargar, porquanto ha casos em que este meio deve ser preferido pela possibilidade da dedução de prova, que não é cabida no rapido processo de agravo.

¹ Decr. n. 917, art. 8, § 3. Regul. n. 738, art. 112.

² Os embargos devem ser decididos no prazo improrrogael de 20 dias, contados da data da publicação da sentença declaratória da fallencia (arfc. 8, § 3); a reunião dos credores deve ter logar dentro de 20 dias contados de equal data (art. 38, pr.)

³ O Regul. n. 738, no art. 112, mandava processar os embargos á declaração da fallencia em auto apartado. O Decr. n. 917 nada diz, e é variavel praxe. Alguns juizes mandam correr nos proprios autos da fallencia, outros respeitam todas as regras processuae conteúdas no Regul. n. 738.

Todos os termos acima são fataes e improrogaveis, e correrão em cartorio, sucessivamente, independentemente de accusação e lançamento em audiência.¹

Julgados procedentes os embargos, será tudo repostos no anterior estado; desaparochem os effeitos da sentença declaratoria da fallencia, e cessam todas as medidas provisórias.²

Do agravo

184. O *agravo* é interposto para o juiz superior legitimo, qual apreciando os fundamentos do recurso repara a injustiça que, porventura, se contenha na sentença do juiz inferior.

Quando interposto directamente da sentença declaratoria da fallencia, o agravo pode ser de *petição* ou de *instrumento*, na conformidade da disposição do art 15 do Regai. n. 143 de 15 de Março de 1842.³

A mesma regra prevalece para o agravo interposto da sentença que julga não provados os embargos á declaração da fallencia.⁴

185. O agravo não suspende a arrecadação dos bens nem quaesquer outras diligencias assecutorias dos direitos dos credores,⁵ impede a reunião destes para tomarem quaesquer deliberações relativas á massa fallida. A razão é evidente (escreve o Da. Macedo Soares): aberta fallencia, a primeira medida a tomar é segurar os interesses dos credores,

¹ Decr. n. 917, art. 143.

² Decr. n. 917, art. 8, § 3.

³ O Regul. n. 737, art. 670.

⁴ Ac da Relação de Ouro-Preto, de 12 de Maio de 1897, no Forum, vol. 3, pag. 368. No mesmo Fórum, pag. 107, encontra-se um parecer neste sentido do Dr. LEVINDO LOPES.

⁵ Decr. n. 917, art. 8, § 2.

arrecadando os livros e os bens do devedor, para evitar desvios, falsidade de escripta e outras fraudes, tão facéis de perceber quão longas de enumerar.¹

Assim, pois, sem que o feito tenha sido decidido pelo juiz superior não podem ter logar a verificação de créditos, a concordata, o contracto de união, a liquidação do activo etc, etc.²

§ 2º

186. Contra a sentença denegatoria da fallencia, e contra a que julgar provados os embargos á declaração da fallencia, têm os interessados (credores, curador fiscal, etc.) o recurso de agravo;³ no primeiro caso, pode ser de *petição* ou de *instrumento* na conformidade do art. 15 do Regul. n. 143 de 1842;⁴ no segundo é sempre de *instrumento* seja qual for a distancia do tribunal ou juiz que tiver de conhecê-lo, pois, já se tendo o fallido defendido, ha menos probabilidade da procedencia do recurso.⁵

¹ Reflexões, n'0 Direito, vol. 51 pag. 335.

² A demora dos julgamentos desses recursos na superior instancia muito bem concorrido para desmoralisar o processo das fallencias. Em vão o Decr. n. 917, art. 146, mandou que este processo preferisse, na ordem dos feitos, a todos os outros do juizo commercial.

³ Decr. n. 917, arts. 8, § 4 e 9.

⁴ Regul. n. 737, art. 670.

⁵ Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo de 27 de Abril de 1898, na *Revista Mensal*, vol. 8, pag. 421.

Capitulo III

Dos effeitos juridicos da sentença declaratoria da fallencia

Summario. — 187. Effeitos juridicos que decorrem da sentença declaratoria da fallencia. — 188. Effeitos de ordem publica ou penal. — 189. Effeitos de ordem privada ou civil. — 190. Classificação para o estudo dos effeitos civis da fallencia.

187. A Sentença declaratoria da fallencia, desde que é publicada, começa a produzir importantes effeitos, que podemos agrupar em duas series: effeitos de ordem publica ou penal, e effeitos de ordem privada ou civil.¹

188. A fallencia occasiona tal ou qual suspeição contra o devedor, collocando-o na contingencia de prestar contas do modo porque exerceu o commercio e zelou os interesses alheios que confiados lhe foram. Podia ter sido arrastado por causas derivadas de força maior, que lhe não era dado prever nem impedir, mas é certo também que a fallencia muitas vezes se origina em uma direcção inhabil, dolosa ou fraudulenta.

A grave perturbação que factos dessa ordem produzem numa praça concorrendo para abalar o credito publico e desmoralisar o commercio, aconselha a intervenção do ministerio publico, pelo seu órgão, o curador fiscal, com ampla faculdade de investigar todos os actos do devedor antes e depois da declaração da fallencia.

¹ Os arts. 43 e 44 § 1.º do Decr. n. 917 referem-se a effeitos civis, civis commerciaes e criminaes da fallencia. Effeitos criminaes são os mesmos effeitos penaes. Este qualificativo cabe melhor. Effeitos commerciaes e effeitos civis são a mesma cousa. Por isso adoptamos a classificação dos effeitos da sentença declaratoria da fallencia em — effeitos *penaes* e effeitos *civis*.

Se de boa fé, o commerciante deve encontrar na fallencia valioso estímulo para novos empreendimentos e não receiar este meio honesto, facil e equitativo de garantir os interesses seus e dos credores.

Se de má fé, dieta a justiça que soffra as consequencias da sua polpa ou fraude.

O processo penal obrigatorio no instituto da fallencia inspira um temor salutar a quantos exercitam o commercio, refrea os abusos e as fraudes e causa na opinião publica segura confiança na acção vigilante da lei.¹

Não é só contra o devedor que a sentença declaratoria da fallencia produz effeitos penaes, mas ainda contra os seus cumplices ou rotras pessoas culpadas em relação á fallencia.²

A matéria relativa a esses effeitos penaes constituirá o assumpto la Parte Terceira deste livro.

189. Os effeitos de ordem privada ou civil, que neste capitulo III vamos estudar, têm por fim definir os direitos respectivos tanto do devedor em relação aos credores, como os destes entre si.

Reconhecidas e proclamadas judicialmente a boa fé e a innocencia do devedor, os effeitos civis da fallencia continuam a actuar, cessando somente coro a reabilitação. Subsistem, assim, independentemente dos de ordem penal.

190. Os effeitos civis da fallencia devem ser estudados:

Em primeiro lugar relativamente aos *credores*, pois em beneficio destes é que se procede ao meio extraordinario de execução chamado *fallencia*.

¹ MASI, Del Fallimento, vol. 1º, pag. 269.

² Decr. n. 917, art. 78 § 1.º

Em segundo logar relativamente ao *fallido*.

Em terceiro logar relativamente a *certos actos* que a fallencia invalida.

Todos estes effeitos actuam já no futuro, isto é, a partir do dia era que é declarada aberta a fallencia, já no passado, isto é, em determinado periodo de tempo anterior a essa declaração.

SECÇÃO I

Effeitos da fallencia em relação aos credores

(FORMAÇÃO DA MASSA)

Summario. 191. Collectividade dos credores; formação da massa. — 192. A massa não é pessoa juridica; representa uma simples communhão de interesses. — 193. A massa é administradora e não proprietaria dos bens do fallido. — 194. A fallencia não traz novação nas relações entre os credores e o fallido. — 195. A massa funciona numa dupla qualidade. — 196. A massa representante do fallido; consequencias. — 197 A massa obrando no uso de direitos que lhe são proprios. — 198. Effeitos da formação da massa.

191. Em virtude da declaração da fallencia, os credores, presos pelos vinculos de interesses communs, constituem-se em um corpo colectivo (communto incidem), com o fim de se informarem das forças do activo e passivo do devedor, realisarem este activo e opportunamente

partilharem entre si, na proporção de seus credits e conformidade de seus direitos, o que for apurado.

O regimen da fallencia é o da egualdade, egualdade proporcional. O direito a um credito certo que, antes da declaração da fallencia, tinha cada credor, transforma-se, com a superveniencia desta, no de receber um dividendo em quantidade que só a liquidação poderá determinar, dividendo conhecido sob o nome *moeda de fallencia*,¹ excepto! se a natureza do credito o reveste de um caracter particular, tornando-o preferencialmente exigivel.

Que modificação completa no rito da execução ordinaria!

A fallencia colloca os credores em um estado de associação afim de procederem á liquidação do penhor commum;² ou melhor, institue o *self-government* dos credores.³

192. Essa massa (assim é chamada a collectividade dos credores) não assume o caracter de pessoa juridica,⁴ pois não é uma

¹ Os francezes dizem au marc le freme; os italianos moneta di fallimento.

² TALLER, Droit Com, n. 1447: "La faillite n'est qu'une association de, créanciers résultant du jugement qui la prononce et cette association tend à leu permettre de produire leurs titres et de concourir à la réalisation d'un ensemble de biens".

³ Selfgovernment des créanciers, expressão que se lê na Message au Conseil Federal Suisse, de 6 de Abril de 1886.

⁴ GIORGI, Delle Persone Giuridiche, vol. 1.º n. 32.

Porque os syndicos contractam em nome da massa, porque esta é representada activa e passivamente em juizo, porque pode também ter credores e Devedores ha quem a considere como pessoa juridica. São desta opinião LYON-CAEN & REKAULT (Traité de Droit Com., vol. 7 n. 472), e entre nós o Dr. LACERDA (Obrigações, nota 20 ao § 57).

DELAMARRE & LE POITVIN (Traité de Droit Com., vol. 6, n. 72), respondem vitoriosamente: "La masse n'est pas une société, car point de société sans la volonté de s'associer. D'ailleurs, la double fin de toute société commeroiale est un bénéfice espéré et le partage de ce bénéfice. La masse, au contraire, est une sorte de oommunauté (consortium), forcée, fortuite, ayant pour double fin la diminution de la perte de tons et la contribution de tous, pro modo crediti cujusque, à la perte commune, presumee certaine."

A massa representa uma communhão de interesses. O fallecimento, a interdicção ou a fallencia de qualquer credor co-interessado não dissolvem a massa, entretanto trazem a extimção da sociedade.

associação voluntaria e livre, mas uma associação fortuita, creada pela necessidade, protegida, organizada e disciplinada pela lei¹ — phenomeno que o eminente Thaller descreve nestes expressivos termos: os credores agrupam-se, associara-se, syndicam-se, renunciam o exercicio de toda a iniciativa individual, assumem o compromisso de respeitar, durante o curso do processo, a constituição de egualdade (*charte d'égalité*) que vae formar o programma de acção de todos elles.²

Esta congregação dos credores é o *concurso creditorum*.³ Eil-a definida em poucas palavras.

A massa dos credores é representada por seus órgãos legitimos que, na primeira phase da fallencia, são nomeados pelo juiz (ns. 168 e 411), e, na segunda, por eleição dos credores (n. 594).

193. Desde o momento da publicação da sentença declaratoria da fallencia, a massa assume a administração do patrimonio do devedor, isto é, do acervo de todos os seus bens, direitos, acções e dividas activas.⁴ Vide n. 248.

Diz-se também massa fallida — o totum jurídico dos bens e dividas do fallido, como é a herança o totum jurídico dos bens e dividas do defuncto. Dahi a phrase de DELAMARRE & LE POITVIN : a fallencia é, a certos respeito, a pré successão vaga do fallido (Obr. cit. vol. 6, n. 69).

O Decr. n. 917, no art. 6, c, refere-se á arrecadação da massa; no art. 44 á manutenção do devedor na posse da massa.

Entretanto está bem definido o sentido da palavra massa, no emprego que della fazem os arts. 1G, 17 § 4, 23 § 4, 24, 25, 26 § 2, 27 § 4, 28 a, 29, 80, 34 § 2, 35 § 1, 36 k, 37 § 3, 43 (bens presentes da massa), 44 § 2, (depositario dos bens da massa), 45.

¹ RNOUARD, *Traité des Faillites*, vol. I.º, pag. 409.

² Des Faillites en Droit Comparé, vol. 2.º, pag. 121.

³ DELAMARRE & LE POIVIN, *Traité de Droit Com.*, vol. 6, n. 70: Le collège des créanciers (la masse).... c'est, en un mot, le *concurso creditorum*..."

⁴ O Reg. n. 738, no art. 154, dizia muito bem: "Publicada a sentença da abertura da fallencia a administração dos bens do fallido pertence de pleno direito á massa dos credores."

O fallido conserva, entretanto, a *propriedade*¹ direito que, na realidade, é simplesmente nominal, pois, sendo o escopo da fallencia a liquidação dos bens do devedor e a distribuição proporcional do producto entre os credores, aquelle patrimonio passa a titulo de penhor para a massa,² que fica investida do poder legal de disposição, este ponto de vista a massa exerce uma administração *im rem suam*.³

194. A fallencia arredando a pessoa do devedor da scena juridica, as relações existentes entre este e cada credor passara a actuar contra a massa.

Esta desconjunção de relações, as quaes por sua vez soffrem tambem grandes modificações, não tem por causa a novação, creada pelo estado de fallencia, como a muitos parece, pois o fallido não deixa de ser devedor pelo total do credito, caso a massa não chegue para integral pagamento, o que succederia se, efectivamente, se desse a novação.

¹ "Si esa propiedad se transmittiera es indutable que los acreedores tendrian el ejercicio de todos los derechos inherentes al dominio, y que la justicia habria terminado desde ese instante toda intervención>. Comnissão de codigos da camara dos deputados da Republica Argentina, no parecer Agosto de 1889, ao qual se refere a nota 1 da pag. 21.

Vemos, não obstante, dizer-se n'O Direito, vol. 49, pag. 267, que o contracto de união devolve aos credores o dominio e poste da massa, que os credores se tornam donos da massa até á concorrente quantia de seus créditos.

Contra isso, porém, levanta-se o art. 18 do Decr. n. 917, onde se priva fallido simplesmente da administração dos sens bens; e oppõe-se o art. 63 § 5.º, onde se determina que as sobras serão restituídas ao fallido ou a seus legitimos representantes.

No systema inglez parece ser outro o conceito. Os bens do fallido passam title by bankruptcy para os representantes da massa.

HOLLAND, The Element of Jurisprudence, pag. 142: " ... a universal suecession takes place when a. . . trustee in bankruptcy succeeds to a whole group of the rights and liabilities of... a bankruptcy".

Consultem se também SMITH'S Mercantile Law of England, vol. 2, pag. 760 e 761 STEPHEN'S Commentaries on the Late of England, vol, 2.

² Na venditio bonorum do Direito Romano vemos o patrimonio do devedor formando um pignus para os credores. Vide nota 1, pag. 2.

A Lei Hungara de 1881, art. 3, dispõe: "O patrimonio do devedor commum, sobre, o qual a fallencia é aberta, serve para pagar os credores cujos credits existiam no momento da declaração da fallencia.

³ CASAREGIS (Disc., 53 n. 13 e Disc, 56 n. 47) já dizia com acuidade: Decocti actiones et jura, ipso jure, transeunt in creditores in vim cessionis legalis.

Este facto juridico, ensina o preclaro Vidari, é uma simples deslocação de funcções e de acções, e não uma substituição de devedor; é obra da lei que, se de um lado priva o fallido da administração de seus bens e de estar em juizo na defesa delles, de outro lado entrega esta administração á massa. A lei tira e a lei dá: eis tudo.¹

195. A *massa dos credores*, no exercicio da sua actividade funciona numa. dupla qualidade:

a) como *representante* do fallido, substituindo-o nos direitos desta ou

b) como *terceiro*, exercendo direitos que lhe-são proprios.

196. Como representante do fallido a massa substitue-o em seus direitos, não por effeito da vontade delle, mas por força da lei. E' um representante *in omnibus et per omnia*.

D'ahi a consequencia seguinte: o direito da massa mede-se pelo direito do fallido, ou, mais claramente: a massa não tem mais direitos do que o devedor que ella substitue. Assim, por exemplo: o contracto legitimamente celebrado pelo devedor não se resolve pela fallencia (n. 255); o credito condicional não perde esta natureza (n. 221); os bens gravados com onus reaes continuam no mesmo estado;² os rendimentos dos usufructos dos bens dos filhos menores permanecem sujeitos aos encargos do pátrio poder;³ os bens alheios, existentes em poder do fallido por occasião da abertura da fallencia, devem ser restituídos aos legitimos donos;⁴ etc.

¹ *Corso*, vol 8, n. 8101. Em sentido contrario: THALLER, Droit Com, n. 1643, cuja razão não convence, e seria insustentavel perante o art. 438 do Cod. Com. Braz.

² Decr. n. 917, art. 70. Vide ns. 253 e 268.

³ Decr. n. 917, art. 18, § unico, e.

⁴ Decr. n. 917, art. 68, § 3.

Ainda outra consequencia: todas as excepções, que podiam ser oppostas ao fallido quando *in bonis*, são permittidas tambem contra massa, e esta não tem o direito de invocar favores que o fallido não podia gosar.¹

197. No uso de direitos que lhe são próprios, a massa assume o papel de terceiro: — já relativamente ao fallido, quando tem de agir para ser inderanisada pelos valores ou bens por elle desviados antes da declaração da fallencia (n. 284), — já relativamente aos socios de responsabilidade limitada, quando estes não preenchem as quotas que subscreveram (Decr. n. 917, art. 74), — já relativamente a cada um dos credores, quando os interesses individuaes destes se manifestam em opposição aos interesses collectivos da massa (n. 207), — já era relativamente a outras pessoas, quando contracta serviços para a arrecadação, administracção, distribuição, segurança, guarda, conservação e defesa dos bens e interesses a seu cargo.²

D'ahi se conclue que: a massa, é capaz de contrahir obrigações activas e passivas. Surgem, assim, duas ordens de credores: credores que fazem parte da massa, que a constituem, credores na massa; el credores da massa. Vide n. 679 e segs.

198. A formação da massa dos credores, immediata consequencia da declaração da fallencia, produz os effeitos seguintes:

- 1.º a suspensão das acções e execuções individuaes;
- 2.º a exigibilidade antecipada dos creditos;

¹ DAILLOZ, Suppl. au Repert., verb. Faillite, n. 452.

² E' questão muito agitada no direito francez se os credores do fallido são representantes deste ou terceiros. A jurisprudencia é de confusão extrema. LAURENT (Principes de Droit Civil, vol. 19, n. 330) entende que, em regra, os credores são terceiros, e, só excepcionalmente, representantes do devedor, quando exercem um direito em nome deste e quando os seus interesses se confundem com os do mesmo devedor. DALLOZ, no Reperti, verb. Oblig. n. 3992, no mesmo sentido, e no Suppl. ou Repert., verb. Oblig., n. 1638, expõe com clareza as diversas nuances da jurisprudencia franceza sobre esta questão.

3.º a não fluencia de juros contra a massa.

E' o que passamos a examinar.

ARTIGO I

Suspensão das acções singulares ou individuaes dos credores

Summario. — 199. Incompatibilidade do exerciciodas acções singulares dos credores com a fallencia. — 200. Não é reconhecida expressamente pelo Decr. n. 917, mas dimana dos seus principios geraes. — 201. Intelligencia do art. 25. — 202. Qualquer credor pode ser assistente. — 203. E fiscalisar a administração da massa. — 204. Excepções ao principio da suspensão das acções singulares. — 205. 1º) Acções pendentes. — 206. Execuções pendentes. — 207. 2º) Credores singulares com interesses contrarios aos de outros credores. — 208. 3º) Credores não sujeitos a dividendo ou rateio.

199. O principio fundamental da fallencia, temos repetido sempre, é a egualdade entre os credores, a *par conditio creditorum*. Se cada um adquire o direito de impedir aos outros se avantajarem, perde, em compensação, a liberdade de proceder por si só cora o intento de pagar-se preferencialmente, salvo se legitima causa existe em favor do seu credito. A fallencia neutralisa o vigilante esforço do devedor; na

expressiva phrase de KENT, *the race of diligence between them to gain advantages is wholly interrupted*.¹

O exercício da acção individual dos credores é manifestamente incompativel com a fallencia, onde se opera uma liquidação geral dos bens do devedor.

O juizo da fallencia, pondera OBARRIO, converter-se-ia em um cahos tornaria impossivel a liquidação, se cada credor podesse obrar por si mesmo na defesa de interesses proprios. Cada um procuraria obter vantagens á custa e em prejuízo dos demais. Não haveria massa, não haveria corpo, não haveria unidade de acção nem unidade de direcção, e, em vez do processo harmonico que tendesse a estabelecer a legualdade entre os credores, salvo as excepções legaes, produzir-se-iam verdadeira anarchia e lucta pertinaz de interesses divergentes.²

200. O Decr. n. 917 não enuncia expressamente o principio de que as acções individuaes contra o devedor são absorvidas pela execução centralisada, que a fallencia organisa. Ao contrario, a infeliz redacção do art. 25 dá a entender que contra o devedor continuam as acções pendentes e podem outras ser intentadas posteriormente á fallencia, desde que o fallido seja substituido pelos representantes legaes da massa.

201. A disposição do art. 25 do Decr. n. 917 deve ser entendida em habeis termos.

O principio exacto é o seguinte: quando o interesse do credor singular está identificado ou em harmonia com o de todos os outros, a sua personalidade fica dominada pela personalidade dos syndicos,

¹ Commentaries on American Law, vol. 2, pag. 635.

² OBARRIO, Quiebras; ns. 137 e 139.

representantes da massa;¹ não pode romper as malhas da execução collectiva da fallencia para exercer individualmente a sua acção.

202. Aos credores singulares é dado intervir nas acções promovidas pela ou contra a massa *ad adjuvandum*, isto é, como assistentes.

Este direito tem fundamento no art. 124 do Regul. n. 737, e está expressamente declarado no art. 35 § 1.º, c, do Decr. n. 917.²

203. O Decr. n. 917 confere também aos credores singulares a faculdade de fiscalisar a administração da massa e requerer, no processo da fallencia, medidas no interesse de todos. Este direito está reconhecido nos art 65 § 1.º, 78 § 4.º, e 87 § unico do Decr. n. 917.³

204. A inibição de o credor exercer singularmente os seus direitos fora da massa, inibição consubstanciada no aphorismo *concursum sistit processus*, não é, porém, tão absoluta que não comporte excepções, o que se verifica todas as vezes que não traga perturbação á estrutura da fallencia e nem ofenda a sua indole.

¹ OBARRIO, Quiebras; ns. 137 e 139.

² O principal credor de uma massa fallida pode acompanhar o processo como assistente *ex-vi* do art. 124 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Sentença do Sup. Trib. de Justiça de 22 de Novembro de 1862, paud CANDIDO MENDES, Arestos, pag. 574. A jurisprudencia franceza e italiana tem negado esse direito, sob os fundamentos seguintes:

a) a administração da massa representa, como mandatária, todos e cada um dos credores, e é absurdo admittir que o mandante possa intervir como terceiro em uma causa onde já está representado pelo mandatario legal;

b) as intervenções perturbariam a ordem normal do juizo, multiplicariam as despesas, os processos e a discussão. RENOUD, Traité de Faillites. vol 1, (pag. 314, n. 27 in fine; MATTIROLO, Tratt. di Diritto Giudiziario, vol. 3, n. 769.

³ O art. 68 do Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855 dava grande liberdade ao credor singular, dispondo: "a nomeação do curador fiscal (equivalente hoje aos syndicos provisórios) não impede a qualquer credor de requerer ou promover o que for a bem da massa fallida".

Era duvidoso, porém, se durante o periodo da liquidação subsistia essa faculdade. HOLLANDA CAVALCANTE, Informações, pag. 24, diz: "Tenho sempre applicado a disposição do art. 68 do Regul. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855, admittindo a intervenção de qualquer credor, em todos os actos da fallencia até ao encerramento do processo. Por essa forma accelero a marcha dos processos, porque nem sempre produz um resultado feliz a destituição dos curadores ou dos administradores".

Estes casos excepcionaes dão-se:

205. 1º EXCEPÇÃO. Quando se tracta de acções já pendentes na occasião da abertura da fallencia.¹

O credor tem um direito adquirido relativamente aos actos realizados, e a lei respeita este direito.

Se na verificação provisoria ou definitiva de creditos o auctor é admittido na massa, a acção pendente fica sem objecto (salvo quanto ás acções hypothecarias, pignoratícias e de reivindicação), porque, por meio della, não pode o auctor melhorar de condição, nem lhe é permittido executar os bens do devedor commum e haver prompto e reservado pagamento, nem é este o modo competente para defender-se da acção que qualquer outro credor promova para excluil-o da massa.

Se, na verificação de creditos, for excluido da massa, prosegue com a acção que trazia anteriormente á abertura da fallencia.

206. Relativamente ás execuções que ao tempo da declaração da fallencia se moverem contra o fallido (posteriormente a esta declaração não podem mais ter lugar), deve-se fazer uma distracção, conforme são proferidas em acção pessoal ou descendera de reivindicação.

Quanto ás primeiras, o Decr. n. 917 manda suspendel-as até á perificação de creditos, não excedendo de trinta dias, sem prejuizo de quaesquer medidas assecuratorias já verificadas.²

Achando-se já em praça com dia definitivo para a arrematação lixado por editaes, far-se-á a arrematação dos bens, entrando, porém, para a massa o producto.¹

¹ Decr. n. 917, art. 25.

Na Inglaterra, informanos ROBSON, A Treatise on the Law of Bankruptcy, pag. 594: "Under the Judicature Acts an action will not become abated by reason of the bankruptcy of any of the parties, if the cause of action survives or continues."

² Decr. n. 917, art. 26, pr.

Quanto ás segundas, isto é ás execuções descendentes de acção de reivindicação, não se suspendem com a superveniencia da fallencia, mas proseguera com os representantes legaes da massa, pois a fallencia não tira a qualidade de reivindicante ao exequente, e os reivindicantes não estão vinculados á disciplina da massa.

207. 2º EXCEPÇÃO. *Quando os interesses do credor singular se manifestam contrarios aos dos outros credores, collectivos ou singulares.* Neste caso, a personalidade do credor não é unificada nem absorvida na dos syndicos, representantes da massa, e não está, portanto, vedada de defender individualmente os seus direitos (n. 197).

Assim, quando excluido da massa,² quando não se conforma com a classificação do seu credito,³ quando dissente da concordata,⁴ quando impugna a admissão de qualquer credor⁵ etc, etc. pode obrar individualmente já contra a propria massa, já directamente contra outro credor.

208. 3º EXCEPÇÃO. *Quando se tracta de credores não sujeitos ao dividendo ou rateio, mas com direito de exigir desde logo o que lhes pertence, e que está sob a guarda da massa, ou o producto dos bens reservados em garantia do seu pagamento.*

O credor que não está sujeito á lei absoluta do concurso, que não vae ser pago era moeda de fallencia, tem plena liberdade de acção.⁶

¹ Decr. n. 917, art. 26, § 2.

² Decr. n. 917, art. 39, § 2.

³ Decr. n. 917, art. 62, § 3.

⁴ Decr. n. 917, art. 46, § único.

⁵ Decr. n. 917, art. 39, § 2.

⁶ O Supremo Tribunal de Justiça, por sentença de 28 de Março de 1868, reconheceu esse principio. Diz a sentença: accionando o recorrido a massa fallida recorrente pelo valor total da letra de fls. 5, cujo aceite fora reconhecido falso, não podia o recorrente como

Relativamente a taes credores não prevalecera as razões expostas) no n. 199, que justificam a suspensão das acções singulares. Taes são:

a) Os credores *reivindicantes*, separatistas *ex jure domini*, antes proprietarios que credores. Têm o direito de exigir que a sua propriedade lhes seja logo restituída.¹

b) Os credores separatistas *ex jure crediti*. Estes credores, obtida a separação, não concorrem mais sobre os bens da fallencia, ainda que os bens separados não cheguem para seu integral pagamento, excepto se naquelles houverem sobras.²

c) Os credores pignoraticios. Os syndicos provisórios e os definitivos devem remir, a beneficio da massa, os bens dados em penhor, não sendo possível, devem mandar intimar os credores para trazel-os a leilão.³ Se os representantes da massa não cumprem este dever, os credores podem obrar singularmente excutindo o penhor.⁴

administrador daquela massa ser condemnado como foi pelos referidos acordams a pagar o importe da letra ajuizada integralmente, visto como não sendo o recorrido nem credor do dominio (art. 874 e segs. do Cod. Com.), nem privilegiado (art.,. 876 e segs.) e nem hypothecario (art. 879), e pertencendo & classe dos chirographnarios, só tinha direito a haver da massa fallida, o que lhe competisse em rateio, segundo o disposto no art. 890 do mencionadoCodigo." CANDIDO MENDES, Arestos pag. 695.

¹ O Decr. n. 917. no art. 68, § 3, auctorisa os syndicos a entregarem desde logo, ao dono, a cousa, objecto da reivindicação, quando não houver duvida nem contestação; no art. 150, § 3, manda o juiz entregar ao terceiro embargante (que o credor reivindicante) a cousa de sua propriedade que for arrecadada ou sequestrada; no art. 26, § 1, manda proseguir sem suspensão as execuções descendentes de reivindicação, existentes por occasiao da declaração da fallencia.

² COELHO DA ROCHA, Dir. Civil, S 663.

³ Decr. n. 917, art. 36, i; art. 70, n. II., § 2.

⁴ Que o credor pignoraticio pode agir singularmente nesse caso está expressamente reconhecido no art. 27, art. 4, verbis "...como o pignoraticio..."

d) Os credores *antichresistas*, aos quaes se applica quanto ficou dito sobre os pignoratícios.¹

e) Os credores hypothecarios. Os syndicos definitivos têm por dever principal vender todos os bens, inclusive os gravados com onus reaes.² Podem, portanto, com o producto dos immoveis hypothecados pagar immcdiatamente o credor hypothecario e desligal-o de todo da fallencia. Mas se não cumprem este dever ou se se torna urgente a benção o credor hypothecario pode obrar singularmente, movimento a acção que lhe cabe.³

f) Os credores com *direito de retenção*.⁴

Falaremos com vagar e em occasião opportuna, dessas classes de credores.

ARTIGO II

Exigibilidade antecipada dos creditos

Summario. — 209. A exigibilidade antecipada dos creditos. — 210. Comprehende todas as dividas passivas do fallido. — 211. Não se refere ás dividas activas. — 212. Conceito da exigibilidade e seus corollarios. — 213. Não dá direito a

¹ Quanto ao antichresista applica-se por identidade de razão o mesmo principio. A *antichrése* não é mais que um penhor de immoveis (TEIXEIRA DE FREITAS, Cons. das Leis Civis, arts. 767 e 768 e notas; CORRÊA TELLES, Doutr. das Ac, ed. TEIXEIRA DE FREITAS, nota 300.)

² Decr. n. 917, art. 60, ", verbis: todos e quaesquer bens... immoveis.

³ O Decr. n. 917, art. 70, n. II, § 1, refere-se claramente á excussão do immovel hypothecado no caso de fallencia do devedor.

⁴ Decr. n. 917, art. 27, § 4: "Se a massa não remir a coisa retida, o credor ... *a excutirá* ...

prompto pagamento. - 214. Não opera compensação. — 215. Desconto. — 216. Exigibilidade das debentures. — 217. Clausulas penaes. — 218. Prescrição. — 219. Excepções ao principio da exigibilidade. — 220. 1º) Contractos bilateraes a prazo. — 221. 2º) Obrigações condicionaes. — 222. 3.º) Obrigações solidarias a prazo relativamente aos co-obrigados. — 223. Restricção nas letras de cambio e titulos a ellas equiparados. — 224. 4º) Fianças.

209. A fallencia reclama o nivelamento de todos os credores, sejam vencidas ou vincendas as suas obrigações, de modo a se acharem em posição definida no momento em que se inicia a execução geral sobre os bens do devedor commum.

Todos confiaram no credito que inspirava o devedor quando lhe concederam o prazo; a fallencia, abatendo a confiança e fazendo desapparecer, portanto, o fundamento do prazo,¹ nada mais justo do que sujeitar todos; os credores á mesma sorte, reduzindo os seus direitos ao mesmo denominador commum juridico, isto é, a um vencimento geral e contemporaneo, sem preferencia nenhuma.²

Por outro lado, a necessidade de acelerar e facilitar as operações da fallencia, do interesse da collectividade dos credores e do prd fallido, aconselha a equiparação dos creditos vencidos aos creditos

¹ POTHIER, Obligations, n. 234: Le terme acoordé par le créancier au debiteur, est censé avoir pour fondement la confiance en sa solvabilité: lors donc que ca fondement vient à manquer, l'effet du terme cesse.

² VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7820.

A exigibilidade de todas as dividas passivas do fallido ainda não vencidas, sejam commerciaes ou civis, basea-se, diz o Ac. de 4 de Junho de 1886 da Rei. de Porto Alegre: "no manifesto intuito de promover se uma liquidação geral para salvaguardar o mais possivel os direitos de todos aquelles que indistinctamente foram prejudicados pelo sinistro da fallencia." O Direito, vol. 41, pag, 580.

vencer, a fusão de todos os creditos em um só credito que na ocasião da abertura da fallencia, se ache vencido e exigivel.

Faltaria a fallencia a seus fins se o activo se distribuísse titulares dos creditos exigiveis, deixando-se de satisfazer aos dos ainda não exigíveis; seria ainda inconveniente e absurdo adiar as operações da fallencia até que expirassem os prazos de todos os creditos, forçando os exigiveis a esperar em pelos não exigiveis.

Justificam, pois, a disposição do arto 23 do Decr. n. 917, quando faz decorrer *pleno jure* da sentença declaratoria da fallencia a exigibilidade immediata das dividas passivas do fallido, três motivos, cada qual de ordem mais elevada, intimamente vinculados á índole do instituto: o tresmalho do credito do devedor, a necessidade de fixar á egualdade entre os credores, e a facilidade da liquidação.¹

210. A exigibilidade prematura compreende todas as dividas passivas do fallido, commerciaes ou civis (n. 66, o), privilegiadas ou não privilegiadas, e isto porque o estado de fallencia é indivisivel (n. 102).

211. A exigibilidade prematura não se refere ás dividas activas aos créditos do fallido, mas somente, como diz a lei, ás *dividas passivas* do fallido. Não ha reciprocidade, pois que, relativamente aos devedores do fallido, não militam os mesmos motivos expostos no n. 209. Não se lhos pode obrigar a pagarem antecipadamente uma obrigação ai prazo, em virtude de um acontecimento ao qual são de todo extranhos.

¹ A exigibilidade immediata ou prematura de todas as dividas passivas do fallido é admittida desde o nosso antigo direito (SILVA, á Ord., Liv. 3, T. 35, n. 2; CORREA TELLES, Dig Port., vol. 1, art. 368; COELHO DA ROCHA, Dir. Civil, vol. 1, § 147, n. 4), e acha-se consagrada em todas as legislações estrangeiras. Cods. Coms. Francez, art. 444; Belga, art. 450; Italiano, 701; Hespanhol, art. 883; Argentino, art. 1413; Chileno, art. 1367; Portuguez, art. 710; Lei Aliemã de 1877, art. 58; Lei Suissa, art. 208; Lei Roumaica, art. 715; Lei Húngara, art. 14.

O nosso Código Commercial, no art. 831, estabelecia o mesmo principio, mas a partir da qualificação da quebra. As duvidas sobre a interpretação deste artigo podem ser vistas em ORLANDO, Cod. Com., nota 1304.

Isto, porém, não quer dizer que á massa seja vedado conseguir de prompto a importancia de taos credits, alionando-os, do mesmo modo que lhe é permittido proceder relativamente a quaesquer bens.¹

212. A exigibilidade que emerge da fallencia, toda accidental, imposta pela lei, exigibilidade artificial, na phrase de BOSARI, não produz os mesmos effeitos da exigibilidade ordinaria, realisada pelo vencimento natural do prazo, ou por falta de prazo.

Os seus effeitos não offendem nem prejudicam a terceiros, são circumscriptos á fallencia; o seu objectivo é simplesmente habilitar o credor a tomar parte nos actos da fallencia e nos rateios ou dividendos como se o seu credito fora vencido na epocha convencional.²

D'ahi os corollarios seguintes:

213. A) *A exigibilidade antecipada não dá aos credores o direito a prompto pagamento;* devem elles esperar que se liquide o activo a massa e se estabeleça o dividendo proporcional. Não podem consequentemente accionar a massa (n. 199), salvo os casos expostos nos ns. 204 e segs.

¹ Decr. n. 917, art. 60, a.

² O Cod. Com. Chileno, art. 1367, faz certo que a declaração da fallencia torna exigíveis a respeito do fallido todas as suas dividas passivas, para o unico effeito de os credores intervirem nas operações da fallencia, e perceberem os dividendos correspondentes ao valor actual de seus respectivos credits.

E acrescenta: Entende-se por valor actual a quantia que, posta a juros correntes pelo tempo que faltar para o vencimento do prazo, forme o capital nominal da divida. O valor actual refere-se á epocha dos respectivos dividendos.

E' por isso que se censura a expressão *exigibilidade* empregada pelo Decr. n. 917. Não ha verdadeira *exigibilidade*, mas tão somente vencimento antecipado.¹

214. B) *A exigibilidade antecipada não opera compensação entre os creditos e os debitos de terceiros para com o fallido;* . o contrario offenderia o principio de egualdade que a fallencia procura manter entre os credores. O devedor do fallido deve pagar integralmente a propria divida e ser contemplado nos rateios como credor em condições identicas ás dos outros credores.

Declarada a fallencia o credor fica com direito a um dividendo In. 191). Se fosse dado ao credor, ao mesmo tempo devedor do fallido, a faculdade da compensação, extinguiria elle a responsabilidade recolhendo integralmente o seu credito, e assim aquinhoar-se-ia melhor que los outros.

Accresce que uma das condições existenciaes da compensação legal é a liquidez da divida (Cod. Com. art. 439), e liquida se não pode considerar a divida do fallido para com os seus credores, por isso que só depois de realizado todo o activo é que determinada fica a quota de cada um.

Ainda: a compensação, no caso vertente, importaria pagamento antecipado, o que na fallencia não é permittido.²

¹ A Lei Allemã, art. 58, os Cods. Coms. Ital, art. 701; Hespanhol, art. 883; Portuguez, art. 710, souberam evitar essa impropriedade de termos, substituindo a expressão *exigibilidade* por esf outra: *vencimento antecipado*.

² Um exemplo salienta o que dizemos. **A** credor do fallido **B** é ao mesmo tempo devedor. Admittamos que as obrigações sejam de 10:000\$000 cada uma. Se **A** podesse compensar o seu debito na fallencia de B, pagar-se-ia integralmente, evitando a sorte do dividendo.

— O Cod. Chileno, no art. 1368 dispoz expressamente: "O credor que é ao mesmo tempo devedor do fallido, não pode allegar a exigibilidade que estabelece o artigo precedente (*exigibilidade legal*), nem como devedor pode renunciar o beneficio do prazo para operar a compensação das duas dividas. Porém, se as dividas procederem de um só contracto poderá operar se a compensação ainda quando sejam exigiveis em diversos prazos".

TEIXEIRA DE FREITAS, no *Esboço de Codigo Civil*, traz a seguinte disposição: Art. 1185. "O devedor, ou credor, de um fallido, só poderá allegar compensação quanto ás dividas que antes da época legal da fallencia já existiam, e eram exigiveis e liquidas; mas não quanto ás dividas contrahidas, ou que se tornaram exigiveis e liquidas, depois

Duas observações são, entretanto, necessarias para evitar duvidas:

1.º Se o debito daquelle que é ao mesmo tempo credor do fallido acha-se liquido e exigivel por occasião da abertura da fallencia esta, encontrando extinto o credito correspondente por effeito da compensação, não poderá destruir a relação de direito já existente e consummada.

2.º Na conta-corrente a compensação não deixa de produzir devidos effeitos pela superveniencia da fallencia dé um dos correntistas. Falamos em compensação na conta-corrente para acompanhar as expressões do Decr. n. 917. Vide o n. 261 *infra*.

215. Manda o Decr. n. 917 que, relativamente ás dividas passivas do fallido com prazo certo, exigiveis em virtude da fallencia, se observem as regras do desconto pela taxa legal, quando outra não houver sido estipulada.

Tracta-se de uma operação idêntica a que praticam diariamente bancos e o commercio, quando descontam o titulo de um credito próprio ou alheio.¹

A disposição legal tem por fim evitar que o titular de um credito, Brinda não vencido no dia da declaração da fallencia do devedor

da epocha legal da fallencia. O devedor do fallido, neste ultimo caso, deve pagar á massa por inteiro, e pelo seu credito entrará no concurso geral da fallencia”.

A Allemanha, a Suissa, a Áustria e a Hungria permittem, entretanto, a compensação operada pela exigibilidade prematura das dividas passivas do fallido. A compensação, conforme a doutrina dessas legislações, funda se em motivos de equidade, não lhes parecendo justo que uma pessoa, credora e ao mesmo tempo devedora de outra, possa exigir o pagamento do que lhe e devido, sem pagar o que deve: *dolo facit qui petit quod redditurus est*.

O credor-devedor do fallido ve em sua própria divida, uma garantia, uma espécie de penhor, sobre a qual exerce um direito de retenção sui generis. BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la pours. pour dettes et la faillite, pag. 314, n. 2; SALEILLES, Essai d'ttne theorie générale de l'obligation d'apres lê projet de code civil allemand, n. 62; BUFNOIR, sobre a Lei Húngara, no Annuaire de Legisl. Etrang. 1882, pag. 326, nota 1.

¹ SEGÓVIA, Expl. y crit. dei nuevo Cod. Com. Argentino, vol. 8, n. 4546.

encontre meio de lucrar, gosando relativamente á massa melhor posição do que a que tinha relativamente ao fallido.

Desse a massa um grande dividendo, e o credor a prazo pago antes do vencimento da obrigação ganharia com a fallencia do devedor. A antecipação do vencimento sem o desconto sobre o valor nominal do titulo equivaleria a um beneficio, a uma melhora de direito. A experiencia mostra nos que se é credor de quantia menor quando se contracta receber a divida a prazo mais ou menos longo do que quando se contracta recebel-a á vista.¹

216. As sociedades em coramandita por acções é facultado, como as anonymas, contrahir empréstimos por meio de *obrigações ao portador (debentures)*. N. 72.²

Estes titulos podem ser emittidos com promessa de premio de reembolso e á sorte, isto é, entre a taxa da emissão e o capital nominal a reembolsar póde haver uma differença (esta differença é o premio).

Tornando-se exigiveis estas obrigações em virtude da fallencia da sociedade commanditaria por acções, manda a lei que os obrigacionistas concorram pelo valor igual ao capital da emissão

¹ O Cod. Com. Francez, abrindo excepção a quasi todas as legislações modernas, concede ao credor a prazo o direito de se apresentar na fallencia do devedor pela somma integral do sen credito, sem deducção.

Sobre os systemaa de descontos seguidos pelas diversas legislações consulte-se THALLER, *Des Faillites en Droit Compare*, vol. 2, n. 123.

² O Decr. Legislativo, n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, dando instrucção para emissão de empréstimo em obrigações ao portador (*debentures*) das companhias de sociedades anonymas, no art. 6, § único, dispõe: "Em caso de liquidação forçada, as obrigações desta especie (*reembolsaveis mediante sorteio a preço superior ao da emissão*) não serão admittidas ao passivo senão pelo valor correspondente ao capital que se perfizer, reduzidas ao seu valor actual, á taxa de 5 %, as annuidades do juro e da amortisação por vencer. Cada obrigação representará importancia igual ao quociente desse capital, dividido pelo numero de obrigações ainda não extinctaa."

Esta disposição, traducção do art. 69 da Lei Belga de 18 de Maio de 1873, applica-se ás sociedades em commandita por acções, attendendo a que o Decr. n. 917 tem disposição especial para o caso (art 23, § 1), e a que o Decr. Legisl. de 1893 não ampliou expressamente as suas disposições áquellas sociedades? As nossas leis fabricadas a vapor dão logar a essas difficuldades.

sommado á differença entre os juros pagos e a taxa de 6 % quando o juro estipulado for inferior, desde a emissão até á data da fallencia, e sobre essa quantia se contem os juros legaes até final embolso.¹

Esta disposição funda-se nos mesmos motivos acima expostos relativamente ao desconto das dividas passivas a prazo: tem por fim evitar que a fallencia da sociedade dê azo aos portadores de obrigações se beneficiarem. Se os obrigacionistas viessem á fallencia pelo valor do capital nominal reembolsável a prazo longo e á sorte, e agora exigível, a debenture de uma sociedade fallida teria maior valor do que a de uma sociedade solvavel. A lei confere ás obrigações ao portador privilegio sobre todo o activo da fallencia;² diminuido o prazo do embolso em virtude da exigibilidade prematura, sobreviria um elemento de valor para o titulo, o que seria grave injustiça e infracção da lei da egualdade, embasamento da fallencia.

217. A não execução do contracto, ou a mora debendi, toda accidental em virtude da fallencia, não pode ser imputada ao fallido, nem considerada uma infracção culposa da lei contractual reguladora do momento exacto da prestação. Por essa razão não se attendem, na fallencia, ás clausulas penaes.

A disposição do art. 23 § 5.º do Decr. n. 917, libertando das clausulas penaes a massa, refere-se ás que forem annexas a *contractos unilateraes a prazo*, em que o fallido seja o obrigado, e cujos contracto se tornaram exigíveis não pela expiração do prazo convencional, mas pela superveniencia da fallencia.

Não se deve, pois, confundir este caso com o previsto no art. 22 § 2.º do cit. Decr. n. 917 (n. 259).

¹ Decr. n. 917, art. 23, § 1; art. 24.

² Dec. n. 917, art. 70, n. I, a. Vide INGLEZ DE SOUZA, *Titulos ao Portador*, ns. 291 e segs.

218. Determina o Decr. n. 917, no art. 23 § 4.º, que a exigibilidade antecipada interrompa a prescrição.

Um dos elementos existenciaes da prescrição ó a *negligencia continua do credor*.¹

Na fallencia o credor fica impossibilitado de proceder individualmente e de accionar o fallido. Tem inteira applicação o principio: *contrà non volentem agere non currit prcescriptio*.²

A intervenção do credor na fallencia, a verificação e classificação do credito, importara o reconhecimento do seu direito. Não ha negligencia. Não se pode, portanto, dar a prescrição.³

A declaração da fallencia interrompe a prescrição; só a quitação da renuncia exoneram a massa e o fallido.⁴

219. O principio da exigibilidade prematura ou antecipada no instituto da fallencia não é absoluto. Excepções existem, como passamos a mostrar:

¹ SAVIGNY, *Droit Rom.*, vol. 5, §§ 239 e 242.

² Esta maxima, deduzida pelos glosadores da L. 1, § 2, Cod. de ann. excep., VII, 40, deve ser recebida com cautela. Somente se applica aos obstaculos de direito, que interrompem ou suspendem a prescrição. Consulte-se GIORGI, *Obblig.*, vol. 8, n. 244 e segs.

³ Sentença do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Outubro de 1869: Ainda que se tivesse passado o tempo para a prescrição nos termos da lei, todavia foi essa interrompida pelo facto de terem os recorrentes comparecido na ocasião da fallencia do devedor, quando ainda se não tinha preenchido o prazo para a prescrição, e sendo reconhecidos credores receberam os respectivos dividendos ainda foram reconhecidos como taes em 1866 quando foi aberta a nova fallencia do devedor...

⁴ A fallencia interrompe, não suspende a prescrição.

A suspensão (*prescriptio dormiens*) é um obstáculo temporário que impede a prescrição de correr, mas sem tornar inutil o tempo que precedeu, de modo que cessando a causa que a produzia, continua a prescrição a correr e se completa com a quantidade de tempo que falta. A interrupção, porém, é o obstaculo que, em dado momento, faz cessar o curso da prescrição; assim o tempo anterior não pode ser computado como util para o complemento da prescrição, e novamente começa a correr depois da interrupção.

A interrupção produz o seu effeito no passado; risca o tempo anterior: começa uma nova prescrição. A suspensão, ao contrario, produz effeitos no futuro; o tempo anterior é conservado, posto em reserva, para ser sommado ao que se seguir depois de afastada a causa que a originou (MOURLON, *Répét. sur le Cod. Civil*, vol. 3, n. 1875).

220. 1.º Excepção. As obrigações que procedem de contractos bilateraes a prazo.¹

Nestes contractos as partes devem ser tractadas no mesmo pé de egualdade; a obrigação de uma é subordinada á da outra; se ha prazo para ambas cumprirem a obrigação respectiva, devera gosar-o até ao fira. A fallencia não modifica as condições dos contractos.² Vide n. 255 e seguintes.

221. 2.º Excepção. As obrigações sob condição suspensiva.³

O credor condicional, cora quanto não tenha ainda o direito certo e actual de exigir a divida, pode praticar todos os actos licitos que tenham por fim conservar os seus direitos futuros, entre os quaes até o de requerer a fallencia do devedor (n. 128). Mas, era quanto está suspensa a condição, o direito do credor também permanece suspensos não se pode dizer que exista, e, sim, que é apenas possivel.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 22.

² VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7827; CUZZERI, II Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 1, n. 169; SEGOVIA, *Expl. y Drit. dei Cod. Com. Argentino*, vol. 3, nota 4546 *in fine*.

³ Decr. n. 917, art. 23, §2.

Condição (conditio) chama-se, ensina SAVIGNY. (Drott Rom., vol. 3, § CXVI), esta espécie de restricção que prende arbitrariamente a existência de uma relação de direito a um acontecimento futuro e incerto.

LOMONACO, *Obbligazioni*, vol. 1, § 46, mostrando a preferencia que scientificamente se deve dar á definição de SAVIGNY sobre as de outros escriptores, diz que toda a força desta definição está no adverbio arbitrariamente, porquanto não pode haver verdadeira condição quando a clausula, como tal qualificada, resulta implicitamente da relação de direito e não exprime uma manifestação da vontade arbitraria

Assim, porém, não succede no uso commum de falar. Confunde-se muitas vezes a palavra condição com clausula, que depende exclusivamente do arbitrio das partes contractantes. O art. 191 do Código Commercial labora nesta confusão empregando a palavra condições por clausulas.

Estas condições, segundo SAYIGNY, são, pelos interpretes do direito romano, chamadas: *condiciones tacitae*, ou *que insunt*, *tacitè insunt*, *extrinsecus veniunt* (obr. e § cits.), muito differentes das condições cuja noção scientifica demos acima.

DERNBURG (*Pandekten*, P. I, § 107) chama taes condições de impróprias e diz: "as condições imprOprias têm a forma, não têm, porém, a substancia, a essência da condição. Algumas são inefficazes. Podemos chamal-as *condições apparentes*. (*Wir können sie Scheinbedingungen nennen.*)

⁴ RIBAS, *Direito Civil Braz.*, vol. 2. pag. 392.

Nas obrigações condicionaes tendo o credor somente a possibilidade ou eventualidade do direito (*jus futurum, spes debitum iri*) a exigibilidade antecipada, por effeito da fallencia, não pode ser applicada a estas obrigações, salvo se o credor se sujeitasse á caução de *restituendo* à em favor da massa, para o caso da *conditio defecta*.

Louvavel é, sem duvida, o alvitre seguido pelo Decr. n. 917, mandando contemplar em rateio taes obrigações, depositar os dividendos e differir o pagamento até que se verifique a condição.¹

Se a condição se realisa, a relação juridica della decorrente existe como se condicional não tivesse sido, e os seus effeitos retrotrahem-se, em geral, ao dia em que se concluiu o contracto — *retrahitur impleta conditio ad conventionis diem*,² e o credor já encontra na massa o seu direito perfeitamente garantido.

Se, ao contrario, vem a faltar a condição suspensiva, ou se se torna certo que ella não se realisará, o contracto não produzindo effeito, o dividendo reservado volta para a massa.

222. 3.º *Excepção.* As obrigações solidarias a prazo, relativamente a terceiros, co-obrigados com o fallido.

O art. 23 do Decr. n. 917 dispõe que a declaração da fallencia torna exigíveis todaa as dividas passivas do fallido; exciue implicitamente os co-obrigados com o fallido em divida não vencida ao tempo da fallencia. E' de justiça que estes co-obrigados não percam o beneficio do prazo por um facto que lhes não é imputavel: *nemo ex alterius facto preegravari potest*.

O credor de obrigação solidaria a prazo pode: ou apresentar-se na massa pela totalidade do credito, pois relativamente ao fallido a

¹ Decr. n. 917, art. 23 § 2.

² L. 11, § 1 in fine, D. XX, 4.

obrigação se acha vencida; ou esperar a epocha do vencimento convencional para receber do co-obrigado a importancia integral do credito.

O effeito principal da solidariedade entre devedores é obrigar cada qual a representar os outros na obrigação de pagar integralmente a divida. A fallencia de um não produz a do outro; não é licito, portanto, tornar vencivel o prazo que gosa o devedor *in bonis*.

Parecerá talvez singular que uma divida solidaria se torne vencida relativamente a um co-obrigado e não a outro; uma especie de obrigação-jano.

Nas obrigações solidarias entre devedores não é essencial, porém, a unidade nas suas determinações accidentaes. Um devedor pode obri-gar-se puramente, outro a prazo ou sob condição, mantendo a solidariedade.¹ Tambem não é exigida a unidade de logar e de tempo. Os contractantes podem obrigar-se em logares e tempos diversos, conservando a solidariedade, desde que a vontade de todos os interessados concorra para a criação desse vinculo juridico.²

223. Nas letras de cambio e titulos a ellas equiparados, os co-obrigados com o fallido soffrem uma restricção no direito que lhes confere o beneficio do prazo, em virtude da natureza especial destes titulos e do papel que desempenham nas relações mercantis.

A fallencia do *devedor principal* de uma letra de cambio, ou outro titulo á ordem, diminue o valor que até então gosava o titulo e difficulta, senão impossibilita, a sua circulação. D'ahi a disposição do art 390 do Codigo Commercial, applicavel não só ás letras de cambio como aos titulos a ellas equiparados, *ex-vi* do art. 427 do mesmo Codigo: "Quebrando o *acceitante* de letra de cambio antes do vencimento, o

¹ Inst. § 2, II, XVI.

² GIORGI, *Obbligazioni*, vol. 1 n. 141.

portador, logo que tiver noticia da quebra, deve interpor o competente protesto para segurança de seus direitos, e *tem acção para exigir fiança idonaa do ultimo endossador ou do sacador.*¹

Para supprir a responsabilidade do *acceitante* (devedor principal), a qual a fallencia destruiu, os co-obrigados (garantes do titulo nos termos do art. 422 do Cod. Com.) poderão ser compellidos a dar fiança ao pagamento no dia do vencimento, desde que seria iniquo privar os do beneficio do prazo. Mas, como lhes é facultado renunciar livremente este beneficio, em vez de darem fiança, podem pagar immediatamente a divida.²

Preferindo pagar o titulo, não se dá o desconto, de que falamos no n. 215 *supra*, pois este pagamento antecipado, dependendo exclusivamente da vontade do co-obrigado não deve prejudicar ao portador da letra, para quem pode ser desvantajoso ou mesmo oneroso o desconto.³

Adverte o Decr. n. 917, na 2.º parte do § 5.º do art 23, que quanto ficou exposto procede somente no caso dos obrigados simultanea, mas não successivamente, como nos endossos.

A fallencia do endossado posterior não dá direito ao portador de accionar os endossatarios anteriores, senão depois do vencimento convencional, o que é de toda a equidade. Os primeiramente obrigados em uma letra ou titulo transferivel por endosso não garantem a solvência dos futuros cedentes. O sacador obriga-se, com effeito, a fazer aceitar a letra e pagal-a no vencimento, se o sacado (*acceitante*) o não fizer. Os endossantes contrahem, por sua vez, analoga responsabilidade, mas nem elles nem o sacador podem garantir a solvencia dos cedentes posteriores,

¹ Veja-se o n. 95, j, e nota 2, á pag. 89.

² Decr. n. 917, art. 23 § 5.

³ O Cod. Com. Belga, art 450, 3.º al., dispoz expressamente sobre isso.

cuja existencia não lhes é dado adivinhar e cujas condições pessoaes lhes são, portanto, desconhecidas.¹

O sentido apparente da disposição do art 23 § 5 do Decr. n. 917 parece ser diverso do que acabamos de expor, isto é, parece comprehender todas as dividas solidarias, civis ou commerciaes, não vencidas ao tempo da fallencia, e não somente as letras de cambio e titulos a; estas equiparados. Mas attendendo á razão de ser da excepção não se pode dar outra intelligencia áquella disposição, não obstante a generalidade de seus termos.

O art. 23 § 5 do Decr. n. 917 é reproducção do art 832 do Codigo Commercial, e este só se referia aos arts. 379 e 390 do mesmo Codigo que tractam justamente de materia cambial.²

224. 4.º *Excepção.* As fianças, prestadas ao fallido, por dividas commerciaes ou civis ainda não vencidas.

O fiador do fallido, por obrigação commercial, é solidário (art 258 do Cod. Com.) e a elle applicam-se as considerações expostas no n. 222.

O fiador, por obrigação civil, tambem não é obrigado antes do prazo convencional (seja embora simples a fiança), não obstante a exigibilidade; immediata das dividas passivas do fallido. O vencimento

¹ OBARRIO, *Quiebras*, n. 147

² O proprio Cod. Com. Argentino que, no art. 1415, traz uma disposição geral, exige só a fiança para os co-devedores do fallido em divida commercial. As outras legislações, onde a fallencia é instituição exclusivamente mercantil, limitam a obrigação de prestar fiança aos casos em que a solidariedade resulta das letras de cambio e outros titulos a ellas equiparados: Cods. Coms. Francez, art. 444; Belga, art. 450; Italiano, art. 315; Chileno, art. 1367; Portuguez, arts. 312 e 313.

antecipado é de lei, escreve VIDARI, e um facto extranho ao contracto não pode modificar a condição juridica de uma pessoa alheia á fallencia.¹

ARTIGO III

Não fluencia de juros contra a massa

Summario. — 225. Contra a massa não correm juros se o activo não chegar para pagamento do principal. — 226. Excepções. — 227. Contra os fallidos pessoalmente e contra os co obrigados correm juros. — 228. Juros incorporados ao capital. — 229. Venda a prazo com promessa de desconto no caso de pagamento antecipado.

225. Como natural consecuencia da exigibilidade antecipada das dividas passivas do fallido, apparece entre os effeitos immediatos da declaração da fallencia a cessação de juros (convencionaes ou moratorios) contra a massa.

Contra a massa não correm juros se o activo desta não chegar para pagamento do principal — eis a formula legal;² regra excellente, escreve THALLER, destinada a manter todos os credores no mesmo nivel. Faltasse ella, os que estipularam juros teriam grande vantagem na protelação da liquidação; ao contrario, os que não tiveram tal cautela

¹ O Codigo Federal Suisso das Obrigações, art. 500, e o Cod. Argentino, art. 1417, contém disposição idêntica.

O fiador não deve soffrer um gravame em suas responsabilidades, escreve ROSSÉL, *Manuel du Droit Federal des Obligations*, n. 658, commentando o art. 500 acima referido, por causa da fallencia do devedor principal. O venCimento convencionado desde o começo e aceito pelo fiador não pode ser antecipado contra elle, por qualquer successo, salvo expresso consentimento.

² O Decr. n. 917, art. 24.

— Já o Alvará de 17 de Maio de 1759 determinava que se não contassem juros senão até ao dia da apresentação dos fallidos.

veriam engrossar á sua propria custa os dividendos daquelles.¹ Contas sem se os juros convencionaes e os legaes no caso de mora, e com natural lentidão da marcha do processo da fallencia, os juros dos grandes créditos podiam absorver o capital dos pequenos, contra os quaes não corressem juros ou corressem em taxa inferior.

A contrario: se o activo da massa chega para o pagamento integral do capital e juros é obrigada a estes. O fallido tem direito somente ás sobras depois de satisfeitos principal e juros.²

226. Contra a massa correm, porém, os juros:

a) Das obrigações ao portador emittidas pelas sociedades commanditarias por acções.

b) Das dividas garantidas, de boa fé e em tempo util, por hypotheca, antichrese ou penhor (incluido o agricola) até aonde chegar o producto dos bens dados em hypotheca, antichrese ou penhor.³

Se, pois, a garantia for insufficiente e o credor tiver de concorrer á fallencia na posição de chirographario, não tem direito a juros, salvo, bem entendido, se o activo da massa chegar para integral pagamento do principal e juros. O credito residuo determina-se sem calcular os juros vencidos posteriormente á data da sentença declaratoria da fallencia. Fica aquelle credor sujeito em tudo á lei dos credores chirographarios.⁴

¹ Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, n. 124; Droit Com. n. 1689.

² Decr. n. 917, art. 63, § 5.

³ Decr. n. 917, art. 24.

⁴ E' a solução que dá o Cod. Com. Italiano, no art. 700, e o que ensina HUMBLBT, Traité des Faillites, n. 183: "Les sommes payées au moyen du produit des immeubles hypothéqués ou des meubles grevés ne doivent pas s'imputer d'abord sur les intérêts. Il faut les imputer au contraire sur le principal y compris les intérêts échus jusqu'à la déclaration de faillite; si le produit du gage laisse un boni, alors seulement les intérêts dús depuis le jugement déclaratif seront payés sur ce boni. Si on procédait autrement ou arriverait indirectement à faire payer ces intérêts, en cas d'insuffisance du gage, par l'actif chirographaire."

227. Os juros não correm contra a massa nas condições referidas no n. 225, mas os fluentes na epocha da declaração da fallencias, ou os que começarem a vencer-se desde esse dia (juros moratorios), continuam a correr:

a) Contra o fallido pessoalmente. Este é obrigado a pagar aos credores o desfalque que a liquidação apresentar e os juros, se quizer obter quitação plena e consequentemente a reabilitação.¹

b) contra os co-obrigados com o fallido ou os fiadores do fallido, extranbos ao facto da fallencia (ns. 222 e 224).

228. Se os juros se acham capitalisados, isto é, incorporados ao principal, de modo que o valor do título represente o capital e juros até ao dia do vencimento, taes juros não ao descontam, pois o contracto, em virtude do qual se os capitalista, muda a sua natureza. E' o caso de dizer com VIDARI: juros e capita constituem uma só quantia de debito, uma obrigação indivisivel.²

Accresce que a decomposição do capital nominal nos dois elementos: capital e juros, traria grandes embaraços, dificuldades, e mesmo prejuizo a terceiros de boa fé que interviessem no titulo, taes como endossantes, cessionarios etc., pois é negociado no commercio sem se extremar aquelles dois elementos.³

229. E' frequentissimo o commerciante vender mercadorias pagaveis a prazo certo, prometendo um desconto sa o comprador satisfizer antes do vencimento a importância da factura. Este desconto, como se sabe equivale ao abatimento dos juros contados sobre a importância total da factura, desde o dia do pagamento em que o comprador delibera pagar até ao dia marcado para o rencimento

¹ Decr. n. 917, art. 86.

² Corso, vol 8, n. 7842

³ Lyon-caen & RENAULT, Traité de Droit Com., vol 7, 269, resolvem assim a questão.

convencional. Aberta a fallencia do comprador antes do vencimento da factura, o vendedor tem direito a apresentar-se na massa como credor pelo valor inteiro da factura, ou é obrigado a fazer o desconto?

Com a maioria dos escriptores entedemos que o vendedor deve apresentar-se pela quantia inteira da factura. Tracta-se de um direito subordinado á uma condição que, na especie, não se realizou.¹

SECÇÃO II

Efeitos da fallencia em relação ao fallido

230. Relativamente ao fallido os efeitos juridicos da fallencia devem ser estudados:

- a) quanto á sua pessoa;
- h) quanto aos seus bens;
- e) quanto aos contractos em que elle é parte.

Taes serão os assumptos dos artigos subordinados a esta Secção.

ARTIGO I

Quanto á pessoa do fallido

§ 1.º

Restricções aos direitos politicos

Summario. — 231. O fallido não soffre restricções em seus direitos politicos.

¹ Namur, Code de Com. Belge, vol. 3, n. 1682 LYON CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 269; ALAUZET, n. 2495.

231. A capacidade politica tem o seu fundamento no Direito Constitucional. Esta capacidade somente se suspende ou se perde nos casos expressamente taxados pela Constituição Federal.

O cidadão brasileiro não perde nem fica com os seus direitos politicos suspensos em virtude da declaração da fallencia. Se, porém, é condemnado criminalmente, fica privado do exercicio dos direitos politicos enquanto durarem os efeitos da condemnação.¹ Não é ao fallido que se despe dos direitos politicos, é ao sentenciado.

¹ Decr. n. 917, art. 17; Const. Federal, art. 71.

— Ministerio da Justiça e Negocios Interiores. Directoria do Interior. — 1º secção — Capital Federal, 25 de Novembro de 1897 — Sr. Presidente do Estado de Espirito Santo. — Em officio de 13 de Outubro ultimo, consulta o presidente do governo municipal do Cachoeiro de Itapemirim, nesse Estado, se o negociante declarado fallido pode ser admittido a votar e também fazer parte das mesas eleitoraes.

Conforme se acha estabelecido, ao poder executivo falta competência para responder a consultas e resolver duvidas que occorrem a respeito da execução das diversas disposições sobre matéria eleitoral.

Entretanto, como simples esclarecimento e afim de que vos digneis communicar áquelle presidente, declaro que ás commissões seccionaes de alistamento (art. 19 da lei n. 35, de 26 de Janeiro de 1892), cabe mencionar, como informação á comissão municipal, os nomes dos eleitores que tiverem perdido a capacidade politica, e a esta (art. 25, n. 1, da mesma lei), revendo os alistamentos, compete eliminar os cidadãos naquellas condições, desde que haja prova; sendo que da decisão da referida comissão municipal, ex-officio ou a requerimento de' eleitores, ha sempre recurso, sem effeito suspensivo, para a junta eleitoral, que decide definitivamente e é composta do juiz seccional, de seu substituto e do procurador (art. 26 da cit. lei n. 35).

A suspensão, porém, dos direitos politicos, com referencia ao fallido, só deve ser imposta depois da classificação da fallencia e quando esta for julgada culposa ou fraudulenta; e nem outra interpretação se pode dar ao art. 17 de | Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, o qual ficou subordinado á Constituição da Republica, visto que esta, em o art. 71, repetido textualmente no art. 1, § 2, n. 1 da lei de 26 de Janeiro de 1892, determina expressamente os dois únicos casos em que se suspendem os direitos de cidadão brasileiro, incapacidade physica ou moral, e condemnação criminal enquanto durarem os seus efeitos.

Assim, é evidente que, quando haja prova da condemnação do fallido, deve ser este excluido do alistamento em quanto durarem os efeitos da mes ma condemnação. Saude e fraternidade. Amaro Cavalcante. (Do Diário Official de 27 de Novembro, de 1897).

Na Monarchia a lei eleitoral n. 3029 de 9 de Janeiro de 1881, no art. 8, § 5, mandou eliminar o fallido do alistamento de eleitores. Nenhum outro documento legislativo anterior privou o fallido do exercicio de seus direitos politicos. A Const. do Império, no art. 8, § 2, apenas se referia á suspensão dos direitos politicos por incapacidade moral. As reformas eleitoraes de 1864 e 1875 também não estabeleceram a incapacidade politica do fallido.

§ 2.º

Incapacidade civil do fallido

Summario. — 282. Conceito da incapacidade civil do fallido. — 233. E' antes uma indisponibilidade, creada no interesse da massa. — 234. Consequencia. — 235. Direitos personalissimos do fallido. Poder marital — 236. Patrio poder.

232. A fallencia priva o devedor da administração dos seus bens, a qual se desloca para a massa (n. 193).

Mas a fallencia não affecta nem prejudica direitos personalissimos do devedor, nem são arrecadados certos e determinados bens do fallido. nem os proprios e particulares da mulher ou dos filhos (ns. 438 a 442). O fallido fica no pleno gozo do exercicio daquelles direitos e na administração destes bens.

Ve-se, assim, que o fallido é relativamente incapaz; ou por outra, é, ao mesmo tempo, capaz e incapaz de exercer direitos.¹ O principio que serve de criterio director acha-se formulado no art 17 § 3.º do Decr. n. 917: *o exercicio da capacidade de direito é garantido ao fallido em tudo quanto não se referir directa ou indirectamente aos interesses, direitos e obrigações da massa.*

A incapacidade do fallido restringe-se aos actos que não pode praticar e a respeito dos quaes os representantes da massa obram

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Vocabulario Juridico, pag. 393, nota 7: "Quanto á capacidade de facto, a aptidão pode ser completa ou incompleto: E" incompleta na incapacidade relativa, e assim uma pessoa relativamente incapaz é ao mesmo tempo capaz e incapaz; como a mulher casada, por exemplo, que é capaz para praticar certos actos por si só, qual o de fazer testamento; e incapaz para praticar outros actos, que só são validos, quando auctorizados pelo marido."

exclusivamente por si. Assim tambem o fallido obra por si só os actos que pode praticar.¹

233. Pode-se dizer que o fallido não é ferido com uma verdadeira incapacidade; descobre-se antes ahi uma *indisponibilidade* decretada pela lei.

O fallido conserva a faculdade de praticar todos os actos da vida civil, mas estes actos não podem ser oppostos á massa; a lei não quer que a prejudiquem.

E' no interesse da massa que os actos do fallido são destituídos de efficacia a respeito della. Procura-se collocar a massa ao abrigo das consequencias de actos que tornariam possivel a diminuição ou a dissipação do penhor commum dos credores.²

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Vocabulário Juridico, pag. 420, nota 38.

TEIXEIRA DE FREITAS, no Esboço de Código Civil, art. 42, incluye os fallidos, declarados taes em juizo, entre os incapazes, mas sã em relação aos actos que forem declarados, ou ao modo de os exercer. NABUCO, no Projecto de Código Civil, art. 16, § 3, contempla-os entre os relativamente incapazes. COELHO RODRIGUES, Projecto do Código Civil, art. 14, § 4: Restringe-se ao exercicio da capacidade civil dos fallidos desde a data da fallencia até á" sua rehabilitação.

FELICIO DOS SANTOS, no seu Projecto, não incluye os fallidos entre os incapazes, e no Commentario, vol. 1, pag. 83, diz: "Os autores ordinariamente enumeram os fallidos entre os incapazes. O fallido não é nem deve ser considerado incapaz dos actos da vida civil; só lhe é interdicta a administração dos bens, que possuia ao tempo da abertura da fallencia, em quanto não forem integralmente pagos os seus credores; si a lei os tira do seu poder, é somente para garantia dos credores. Ninguém dirá que o executado por divida civil, e que não é commerciante, cujos bens todos são penhorados, torna-se incapaz por esse facto. Com a abertura da fallencia verifica-se uma espécie de penhora dos bens do fallido. A função dos administradores da massa é liquidar-a para pagamento dos credores.

—O Decr. n. 917 podia ter reduzido a poucas palavras a materia que consta dos arts. 17, §§ 2, 3 e 4. Bastaria que imitasse o Cod. Com. do Chile, no art. 1360: "La declaracion de quiebra no priva ai fallido dei ejercicio de los derechos civiles, salvo en los casos espresamente determinados por la lei."

² MASSÉ, Le Droit Com., vol. 2, n. 1190; CUZZERI, II Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 7, n. 120; NAMUR, Cod. Com. Belge, vol. 3, n. 1641.

Do exposto ve-se, ainda, quanto é erroneo dizer-se que da sentença declaratoria da fallencia decorre o estado de interdicção para o fallido.¹ Este não fica sujeito á curatella dos representantes da massa.

234. Consequencia do que fica exposto no n. 232: os contractos que o fallido celebrar e as obrigações que assumir, no exercicio da capacidade de direito que lhe é garantido, ficam inteiramente alheios á massa; esta não tem a menor responsabilidade.²

Se o fallido pratica qualquer acto que tenha relação directa com massa ou que se refira a bens que devam ser arrecadados, tal acto nullo de pleno direito.³

235. Dissemos tambem, no n. 232, que a fallencia não affecta o exercicio de direitos personalissimos do devedor, nem a administração dos bens próprios e particulares da mulher ou dos filhos.

Voltamos a esse assumpto.

¹ O O Decr. n. 917, no art. 90, emprega incorrectamente a palavra interdicção. Não se lhe deve dar o verdadeiro sentido juridico, mas sim tomai-a como synonyma de prohibição, privação do exercicio de certos direitos. Só temos duas ordens de pessoas incluídas na definição de interdicto: os loucos e os prodigos declarados taes por sentença. LAFAYETTE, Direito das Cousas, § 196, nota 1.

—“Cod. Com. Portuguez, art. 700, creou uma interdicção civil do fallido pelo que respeita aos seus bens havidos e por haver.”

² Decr. n. 917, art. 17, § 4. A redacção deste § 4 não é tão clara como seria para desejar. Na ultima parte dispõe que os contractos que o fallido celebrar e as obrigações que assumir poderão ser annullados por ocasião Ae celebral-os ou assumil-as não tiver sido denunciado pelo fallido o sen estado ou delle não tiver conhecimento a outra parte contractante. Que quer dizer isso? Ao fallido é garantido o exercicio da capacidade de direito em tudo quanto se não refere aos interesses, direitos e obrigações da massa. Será preciso para a validade de acto alheio á fallencia que o terceiro conheça o estado de fallencia da parte com quem contracta? Que capacidade então é esta?

³ Decr. n. 917, art. 28.

Os direitos personalissimos são os que se exerce como homem e membro da familia. O Direito Romano define-os — *personae cujusque coherent, nec transeunt ad alios*.¹

Entre esses direitos podemos enumerar o de casar-se, de divorciar-se, de fazer testamento, de promover processos de injuria e calumnia e de exercer os poderes marital e o patrio.

Estes dois ultimos, pela sua importancia, exigem particular estudo. O poder marital, direito de disciplina interna e governo domestico, creado pela necessidade de unificar as preponderantes relações familiares, não soffre a menor alteração com a fallencia. O direito de fixar o domicilio da familia, o de representar e defender a mulher nos actos judiciaes e extrajudiciaes, etc, etc, continuam em toda a sua effectividade durante o estado de fallencia do marido.

Ao esposo tambem incumbe, em virtude do poder marital, administrar os bens communs e aquelles que, por contracto antenupcial, ou, em virtude de lei, devam ser administrados por elle.²

No regimen da communhão de bens, todas as dividas contrahidas no decurso da sociedade conjugal igualmente se communicam.³ Sob este regimen todos os bens do casal são arrecadados para a massa; fica pois o marido privado de exercer direitos sobre elles.

Nos outros regimens os bens particulares da mulher são excluidos da fallencia, e o marido fallido continua a exercer sobre elles plena administração na conformidade das leis e clausulas dos pactos ante-nupciaes.

236. O patrio poder pode reflectir-se já sobre a pessoa, já sobre os *bens* dos filhos:

¹ L. 7, Dig. 44, 1.

² Decr. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 56, § 2.

³ Arg. da Ord. Liv. 4, tit. 95, § 4.

a) Os direitos de o pae dirigir a educação do filho,¹ tel-o em sua companhia, posse e guarda,² nomear-lhe tutor em testamento³ quando não sobreviver o outro cônjuge,⁴ e represental-o nos actos da vida civil e nos processos criminaes,⁵ etc, nada soffrera com a fallencia.

b) Os bens dos filhos recebem em direito civil a denominação de *peculio*, que, conforme a sua origem, se classifica em quatro ordens: profecticio, castrense, quasi-castrense e adventicio. Com excepção do profecticio, que é arrecadado para a massa (n. 441), todos os outros se conservara sob a guarda e administração do pae que, com relação ao peculio adventicio, tem, alem da administração, o usufructo.⁶ Este usufructo não reverte em beneficio da massa, pois tem annexas a obrigação de alimentar o filho e outras muito importantes.⁷ Somente as sobras, depois de satisfeitos esses encargos e quando os rendimentos são avultados, entram para a massa (n. 442).

§ 3.º

Qualidade juridica do fallido para estar em juizo

Summario. — 237. O fallido não pode estar em juizo relativamente a questões sobre interesses, direitos e obrigações da

¹ Decr. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 56 § 2.

² Decr. n. 181 art. cit; Ord. L. 1º tit. 88 § 6.

³ Ord. Liv. 4, tit. 102 § 1.

⁴ Decr. n. 181, arg. do art. 94.

⁵ Decr. n. 181, art. 56 § 5; Cod. Penal, art. 407 § 1.

⁶ Ord. Liv. 4, tit. 97 § 19 e tit. 98; Liv. 1º tit. 88.

⁷ O TEIXEIRA DE FREITAS, *Consol. das Leis Civis*, art 174, nota 10. ALMEIDA E SOUZA, *Notas a Mello*, Liv. 2.º tit. 4 § 13 n. 26.

Outras..., taes como: reparar e bemfeitorisar os bens do filho, defender taes bens em juizo, etc.

massa. — 238. Corollários deste principio.
— 239. O fallido pode praticar actos conservatório de direitos e acções da massa.

237. As leis do processo, escreve o MARQUEZ DE S. VICENTE, devem guardar accordo e harmonia com as leis civis que regulam o estado e condições das pessoas; assim, não devem consentir que figurem em juizo individuos que as ditas leis civis declaram incapazes de exercer por si mesmos, ou por si só, actos civis, porquanto entre estes muito importam as acções. Ainda quando a incapacidade não seja absoluta, nada quando seja mais ou menos modificada, por pender de circumstancias ou condições legitimas, é de necessidade guardar o respectivo acordo, e proceder consequentemente.¹

Applicando esta regra ao que ficou expendido no § 2.º anterior, leduz-se que: o fallido não tem qualidade juridica para estar em juizo como auctor ou como réo relativamente a questões que se referirem a interesses, direitos e obrigações da massa.

As acções pendentes contra o devedor na occasião da declaração da fallencia e as que surgirem *ex-novo* serão continuadas ou intentadas contra a massa,² cujos direitos e interesses são defendidos activa e massivamente pelos seus legitimos órgãos.³

238. Como corollarios: não é vedado ao fallido:

a) Propor e defender todas aquellas acções que tutelam os seus direitos estrictamente pessoaes, ou aquelles que são estranhos aos direitos, interesses e obrigações da massa.

¹ Processo civil, pag. 30.

² Decr. n. 917, art. 25.

³ Decr. n. 917, art. 36, k, e art. 59.

O curador fiscal pode, porém, intervir nestas questões como assistente (n. 408, 7.º atribuição).

b) Intervir directamente no processo da fallencia, requerendo e interpondo os competentes recursos, como interessado nas decisões judiciais que tiverem relação com o seu estado de fallencia e consequencias deste.¹ Assim, o Decr. n. 917 concede ao fallido o direito de embargar a sentença declaratória da fallencia ou agravar (art. 8), de requerer a continuação do negocio durante o 1.º período da fallencia (art 37), de oppor as reflexões que julgar a bem de seus direitos, na reunião dos credores (art. 40 § unico), de falar sobre as contas dos syndicos (art. 52), de propor concordata em qualquer estado da fallencia (art 55), de requerer reabilitação (art. 86), de appellar da sentença que a negar (art. 88), etc, etc.

c) Intervir como assistente em todas as acções já existentes na epocha da declaração da fallencia e nas que surgirem *ex-novo* (Decr. n. 917, art 25 § 1.º). Comquanto privado da administração dos bens, não pode o fallido ser indifferente á sorte delles. Conserva, com o caracter legal de proprietário, um interesse actual em que o activo mesmo quando inferior ao passivo, seja empregado de maneira a libera-o o mais completamente possivel de suas responsabilidades.²

O fallido constituirá advogados, á sua custa, para representai-lo como assistente.³

239. Tem-se perguntado se o fallido pode praticar actos conservatorios de direitos e acções da massa, quando os representantes desta são negligentes no cumprimento de deveres.

¹ Dec. de agg. do Presid. do Trib. do Com. da Corte, de 1857, em ORALANDO, Cod. Com., nota 1297. Vide também MAFRA, Jurisprud. dos Tribun., verb. fallido.

² RENOARD, *Traité des Faillites*, vol. 1, pag. 437.

³ Peor. n. 917, art. 25, § 1.

O fallido, corouquanto privado dá administração de seus bens, continua a ser proprietário (n. 193), e tem o maior interesse em ver eu dadosamente aproveitado o seu activo.¹ Por essa razão os mais auctorizados escriptores reconhecem no fallido a faculdade de praticar actos conservatórios de direitos e acções.²

Ao fallido só não é permittido propor acções relativas a direitos, interesses e obrigações da massa; romperia a unidade da administração, se o fizesse.³ Assim mesmo não está prohibido de pedir a destituição dos syndicos quando estes não saibam cumprir seus deveres (n. 603).

§ 4.º

Assistencia aos actos do processo; auxilio aos syndicos e ausencia do domicilio

Summario. — 240. O fallido é auxiliar obrigatorio dos syndicos. — 241. Deve assistir pessoalmente a todos os actos e reuniões. — 242. Não pode afastar-se do domicilio commercial sem licença.

¹ PESCATORE, *na Filosofia e Dottrine Giuridiche*, vol 1, pag. 311, argumenta engenhosamente: enquanto o devedor está no livre governo do seu património, os credores são co-interessados e têm todo o direito de fazer com que seja conservado aquelle patrimonio; desde que a posse, a administração, o governo titular (in titolo) do patrimonio passa para a massa dos credores, representada pelos syndicos, é o fallido que, ao contrario, fica só com a qualidade de co-interessado no bom governo, na guarda, na exacta e leal administração do patrimonio perdido. Antes da fallencia o devedor tinha o governo do seu patrimonio, e os credores eram co-interessados na conservação deste; depois da fallencia, trocam-se os papeies do governo do patrimonio é investida a massa dos credores, e o fallido, em substituição da posse perdida do patrimonio, adquire a qualidade de co-interessado.

² LYON-CAEN & RENAULT, *Traité*, vol. 7, n. 226; DAIXOZ, *Repert.*, verb. I faillite, n. 206.

³ Contra, CUZZERI, *Cod. de Com. Ital. Commentato*, n. 134; RUBEN DE COUDER, *Dict. de Droit Com.*, verb. faillite, n. 234, os quaes entendem qne o fallido pode mesmo propor quaesquer acções para reivindicar créditos, direitos e acções e outros bens pertencentes ao patrimonio, no caso de negligencia dos syndicos.

240. Ninguém mais habilitado a dar informações ao juiz, aos syndicos e ao curador fiscal sobre tudo quanto se possa referir aos interesses compromettidos na fallencia, do que o proprio fallido. Por isso o Decr. n. 917. no art 14, impõe-lhe a obrigação de, não só de assistir a todos os actos e reuniões, como prestar aquellas informações, ficando solicitadas, auxiliando diligentemente aos syndicos e curador fiscal.¹ Vem o fallido a ser, assim, um auxiliar obrigatorio dos syndicos na verificação do activo e passivo, um collaborador na liquidação; é esse tambem um meio que se lhe offerece para patentear a lizura, a boa fé e probidade com que por ventura se houve no commercio.

241. O fallido deve assistir pessoalmente a todos aquelles actos e reuniões. Se occorrer justo motivo que lhe não permitta comparecer pessoalmente, pode fazer-se representar por procurador, cumprindo para lisso obter previa licença do juiz.²

242. Sendo dever do fallido prestar as informações exigidas pelo juiz, syndicos e curador fiscal, foi-lhe prohibido afastar-se do seu *domicilio* salvo com auctorisação do juiz que, para concedel-a, deverá ouvir os syndicos e o curador fiscal.³

A lei, falando de *domicilio*, refere-se ao *domicilio commercial*, isto é, áquelle onde está localisada a sede do *principal estabelecimento* do devedor, e comprehendido na jurisdição do juiz que declarou aberta a fallencia.⁴

¹ O art. 14 do Decr. n. 917 foi inspirado na disposição do art. 698 do Cod. Com. Italiano.

² Decr. n. 917, art. 14.

Note-se que o fallido pode constituir advogado ou procurador que lhe defenda os interesses no processo da fallencia e nas acções que tiverem relação com a massa, independentemente de licença do juiz. A licença, de que fala o art. 14 do Decr. n. 917, é exigida somente para a representação da pessoa do fallido nos actos da fallencia e reuniões dos credores.

³ Decr. n. 917, art. 14.

⁴ Decr. n. 917, arts. 4 e 91.

Domicilio commercial diz-se aquelle, onde o negociante tem o seu escriptorio, o mercador a sua loja, o fabricante a sua fabrica." FERREIRA BORGES, *Dic, Jurid.*, verb. *domicilio*.

§ 5.º

Prisão administrativa do fallido.

Summario. — 243. Caracter desta medida.

243. O Decr. n. 917, art. 16, dá ao juiz da fallenoia a faculdade de ordenar a prisão do fallido, se este faltar ao cumprimento dos seus deveres, oppondo embaraços ás funcções dos syndicos e do curador fisoal, occultando-se ou de qualquer modo encobrendo a existencia de bens,¹ demorando a arrecadação, não exhibindo os livros, recebendo quaesquer quantias por dividas activas (n. 298), praticando algum acto prejudicial á massa ou que motive acção de nullidade, subtrahindo documentos ou desviando a correspondencia que dever ser entregue ao curador fiscal (n. 408).

Esta importante arma com que foi investido o juiz é simplesmente uma providencia compulsoria para o fallido *cumprir* os seus *deveres*, um meio de prevenir prejuizos e delapidações dos bens da massa. Não se, tracta, aqui, de uma *prisão por divida*; neste character seria inadmissivel. Também differente é a prisão preventiva de que falámos no n. 169.

Para ser decretada a prisão administrativa é essencial *prova concludente* da existência de qualquer dos factos acima expostos.² Ao fallido é garantido o exercicio do direito de *habeas-corpus*.³

¹ O fallido que nega a entrega ou occulta o conhecimento de mercadorias que lhe foram remettidas está sujeito a prisão. Acs. de 14 e 21 de Maio de 1898, do Trib. de Just. de S. Paulo em habeas-corpus, na Revista Mensal, vol. 8, pags. 450 e 451.

² Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 9 de Agosto de 1897, na Revista , Mensal, vol. 6, pag. 173.

³ Const. Fed. art. 72 § 22; Deor. n. 917, art. 17 § 1. Ac. do Sup. Trib. Fed. de 14 de Agosto de 1897. em a nota 4, pags. 126 e 126.

Ha quem admitta neste caso o recurso de agravo com fundamento no art. 669, § 6, do Regul. n. 737. Não duvidamos acceitar esta doutrina, comquanto seja muito mais rapido e efficaz o habeas-corpus, desde que se equipare o despacho que decretar a prisão administrativa do fallido ao que concede a detenção pessoal, para o effeito de se negar effeito suspensivo ao agravo (Decr. n. 6467 de 12 de Novembro de 1873, art. 7.)

§ 6.º

Restricções estabelecidas nas leis fiscaes e aduaneiras¹

Summario. — 244. Restricções fiscaes e aduaneiras.

244. As leis fiscaes e aduaneiras determinara: a) Que cesse a concessão dos entrepostos particulares no caso de fallencia do concessionário.²

b) Que não sejam admittidos a agenciar negocios nas Alfandegas e Mezas de Rendas, sob qualquer pretexto, ainda a titulo de caixeiro de casa coramercial, os fallidos, cuja fallencia tiver sido qualificada de *fraudulenta*.³

§ 7.º

Proibições diversas

Summario. — 243. Quaes sejam.

243. O fallido não pode:

a) Votar nem ser votado nas eleições dos membros das Junctas Commerciaes.¹

Illudiria a lei, tornando inutil a disposição do art. 16 do Deor. n. 917, qualquer effeito suspensivo que se attribuisse aos recursos de que o fallido lancasse mão. Até ahi não se deve levar a protecção á liberdade individual. *Modus in rebus*.

¹ Decr. n. 917, art. 17, pr.

² Regul. das Alfand. e Mezas de Rendas, no Decr. n. 2647 de 19 de Setembro de 1860; Nova Consol. das Leis das Alfand. (1894), art. 203. Sobre o que sejam entrepostos e quaes as suas espécies, vide o nosso estado a esse respeito n'0 Direito, vol. 77, pag. 13 e segs.

³ Regul. de Reorganisação das Alfand. e Mezas de Rendas, no Decr. n. 6272 de 2 de Agosto 1876; Nova Consol. das Leis das Alfand., art. 152, § 1.

b) Exercer as funções de corretor,²

agente de leilões,³ trapicheiro, interprete do commercio, avaliador, perito ou arbitrador em assumptos commerciaes.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 17, o. Por funesta e erronea intelligencia da Constituição Federal tem-se considerado as Juntas Commerciaes ramos da organização das justiças dos Estados, e sujeitas as leis destes. Triste lembrança do Governo Provisorio que, reorganizando (?) as Juntas e Inspectorias Commerciaes, lhes deu novo regulamento (aliás o mesmo que já tinham!), encabeçou o Decr. n. 596 de 19 de Julho de 1890 com o seguinte: "Artigo único. Enquanto o Congresso nesta capital, e as legislaturas nos Estados não organisarem definitivamente, em conformidade a Constituição Federal, o serviço a cargo das Juntas e Inspectorias Commerciaes, seria ella mantida com as alterações e na forma determinada no regulamento, que com este baixa...."

Note-se: a Constituição Federal só foi promulgada em 24 de Fevereiro de 1891!...

A Junta Commercial da Capital Federal rege-se ainda pelas disposições do Decr. In. 596 de 19 de Julho de 1890, que têm sido mais ou menos adoptadas nos Estados pelas respectivas legislaturas. Este Decreto somente prohibe votar e serem votados os commerciantes que houverem sido convencidos de quebra com culpa ou fraudulenta, ainda que tenham cumprido as sentenças, salvo plena rehabilitação commercial e criminal (art. 8, §§ 3 e 4). O fallido casual pode, portanto, votar e ser votado nas eleições dos membros das Juntas Commerciaes.

A Junta Commercial do Estado de S. Paulo tem o seu regulamento no Decr. n. 314 de 30 de Setembro de 1895, auctorizado pela Lei Est. n. 377 de 3 do mesmo mez e anno. Também não podem votar nem ser votados os que forem convencidos de fallencia culposa ou fraudulenta, ainda que tenham cumprido as sentenças, salvo plena renabitação commercial e criminal (art. 10, pr.)

² Não podem ser corretores os fallidos não rehabilitados (sendo indifferente que a fallencia seja qualificada casual, culposa ou fraudulenta) e os rehabilitados quando a fallencia houver sido qualificada culposa em virtude de perdas avultadas em jogos ou especulação de aposta ou agiotagem, ou em virtude de não ter o fallido a sua escripturação e correspondência nos termos regulares. Cod, Com., art. 37, n. IV.

O Regulamento dos corretores de fundos publicos da praça da capital federal, constante do Decr. n. 2475 de 13 de Março de 1897, no art. 5, e, prohibe somente de serem corretores os fallidos não rehabilitados.

O Regulamento dos correctores de fundos publicos da praça de S. Paulo, expedido por Decr. do governo deste Estado, n. 454 de 7 de Junho de 1897, repete no art. 5, e, a mesma disposição.

³ Cod. Commercial, art. 68; Decr. n. 858 de 10 de Novembro de 1851, art. 2, n. 4. Conforme estas disposições prevalece para os agentes de leilões a mesma disposição do art. 37, n. IV, relativa aos corretores, e na nota acima reproduzida.

⁴ Decr. n. 917, art. 17, b.

A prohibição de os fallidos serem peritos ou arbitradores em assumptos commerciaes refere-se a estes cargos quando constituem officios públicos. O fallido não está privado de merecer a confiança das partes e ser escolhido para perito ou arbitrador (Regul. n. 737, art. 192; RIBAS, Consol. das Leis do Proc. Civil, art. 455), do mesmo modo que pode ser procurador (vide n. 278) e arbitro (o art. 15 do Decr. n. 3900 de 26 de Junho de 1867 não exclue os fallidos). Em S. Paulo não pode ser arbitro o que foi conclamnado em fallencia fraudulenta, ainda mesmo que esteja cumprida a pena (Decr. Est., n. 123 de 10 de Nov. de 1897, *Organização judiciaria*, art. 65).

c) Ser jurado, na conformidade das leis dos Estados.¹

§ 8.º

Prestação de alimentos

Summario. — 240. Direito de o fallido, sua viuva e filho menores pedirem alimentos.

240. Por mais graves que sejam as suas faltas permite-se ao fallido pedir alimentos á massa doe credoraif.² Seria excessivo rigor legarse-lhe este sagrado direito no memento em que se manifesta justamente a sua ruina, a sua desgraça. O principio de humanida triumphha sobre todas as miserias da vida.

¹ O tribunal do jury faz parte da organização das justiças dos Estados, e os juizes de facto são qualificados segundo as leis destes.

O jury federal compõe-se de juizes qualificados jurados na capital do Estado onde houver de funcionar o tribunal e segundo as prescrições e regulamentos estabelecidos pela legislação local. Decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 41. Decr. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898 (Consol. das leis referentes á justiça federal) art. 80, Parte I. j.

A qualificação dos jurados que tem de servir tanto no jury federal como no local é, pois, uma só.

Não podem ser qualificados jurados:

No Districto Federal os que tiverem soffrido condemnação por crime de bancarrota (bancarrota não é palavra bem accета em nosso direito, vide n. 38), ainda que já tenham cumprido a pena, ou della tenham obtido perdão. Decr. Fed. n. 1030 de 14 de Novembro de 1890, art. 41, n. 1.

No Estado do Amazonas — a mesma disposição. Lei do Est. n. 32 de 4 de Nov. de 1892, art. 79 n. 1.

No Estado do Pará — a mesma disposição. Decr. do governo do Estado, n. 359 A, de 19 de Junho de 1891, art. 34, n. I, approved pela Lei do Congr. Est., n. 15, de 14 de Janeiro de 1892.

No Estado de Pernambuco — a mesma disposição. Regul. Judiciário de 23 lei Janeiro de 1893, art. 35, n, III.

No Estado de S. Paulo — a mesma disposição. Decr. do gov. Est., n. 123, de 10 de Novembro de 1892, art. 39, § 1, a.

No Estado do Rio — a mesma disposição, empregando, porém, as palavras' fallencia fraudulenta em vez de bancarrota. Lei do Est. n. 43 A, de 1.º de Março de 1893, 1.art. 44, § único, b.

No Estado do Rio Grande do Sul — os fallidos não rehabilitados. Lei Est., n. 10, de 16 de Dezembro de 1895, art. 56, d.

² Decre. N. 917, art. 142.

Os syndicos podem também espontaneamente propor á massa a prestação de alimentos. E estes podem ainda ser solicitados pela viuva do fallido ou pelos filhos menores por intremedio de seus representantes legaes.

Os credores são os juizes soberanos desta obra de caridade; podem conceder ou negar os alimentos, determinar a sua natureza,¹ estabelecer a taxa e a duração, com toda a liberdade.² Escusado é, portanto, estabelecer regras dos credores a tal respeito. A prestação de alimentos é auctorizada pela maioria dos credores presentes á reunião (n. 474),³ e constitue o fallido credor da massa com preferencia absoluta (n.680).

Na primeira phase da fallencia não podem ser prestados alimentos, salvo se a maioria dos credores deliberar que sejam contados desde a sua declaração.

¹ Por alimentos entende-se tudo quanto é necessário para o sustento, vestuário e habitação. LAFAYETTE, Dir. De Fam., 132. Os credores podem resolver que os syndicos forneçam em dinheiro uma pensão mensal, ou quantidade certa de objectos para aquelle fim.

Segundo o Cod. Com. do Chile arta. 1411 e 1418, os credores em assembléia resolvem se devem ou não ser concedidos alimentos ao fallido; no caso affirmativo os syndicos propõem ao juiz a quantidade que possa ser concedida, attendidas as forças do cativo e a intenção dos credores.

² O Cod. Com. auctorisa, no art. 825, o fallido a pedir, a titulo de socorro, uma somma a deduzir da seus bons, proposta pelos seu administradores e fixada pelo juiz, tendo-se em consideração as necessidades e familia do mesmo fallido, a sua boa fé e a maior ou menor perda que da fallencia tenha de resultar aos credores. Para conseguir esse socorro era mister que não existisse presunção de culpa ou fraude e que o fallido estivesse presente em todos os actos e diligencias da instrucção do processo.

— Todas aa legislações dão ao fallido esse direito; algumas, porém, só ao fallido casual. Na Suiisa permitti-se que o fallido seja empregado da massa em serviço da administração, ganhando um salário proporcional ao seu trabalho. Lei da 1889, art. 229. O Cod. Com. Belga (art. 493) dá aos curadores (nosso syndicos) a faculdade de empregar o fallido para facilitar e esclarecer a asa gestão, devendo porem o juiz fixar as condições de seu trabalho. Na Inglaterra uma pensão em dinheiro pode ser fornecida pelo administrador (trstee), com auctorisação da committee of inspection, ao fallido for the support of himself and his family, or in consideration of his service. SMITH'S Mercantile Law. vol 2, pag. 786.

³ Decr. o. 917, art. 144. Carece de prompta reforma esta disposição do Decr. o. 917. A maioria *em numero* de credores vencendo a *maioria em credits* na concessão de liberalidade francas, discricionárias! Muito melhor e mais garantidora dos interesses do credores era a disposição do art. 825 do Cod. Com.

§ 9.º

Exercido de industria ou profissão, e do commercio.

Summario. — 247. O fallido não está privado de exercer uma industria ou commercio.

247. Do principio que o fallido não incide em estado de interdicção, decorre este outro: a fallencia não obsta a que o fallido, por meio de sua industria e com o auxilio de seu trabalho pessoal, adquira recursos para manter a subsistência propria e da familia.¹

Surge d'ahi a interessante questão: o fallido não rehabilitado pode exercer o commercio?

O Codigo Commercial, art. 2, n. IV, expressamente o prohihe; mas os principios liberaes que dominam o Decr. n. 917 derogaram esse veto.

O fallido não é um interdicto. A lei não o fere com *incapacidade* no sentido technicamente juridico da palavra, tanto que elle pode contractar validamente sobre tudo o que não se refira aos direitos, interesses e obrigações da massa (n. 237). Em beneficio da massa dos credores a lei apenas estabeleceu para o fallido a *indisponibilidade* dos bens que constituem o penhor commum de suas obrigações (n. 233).

Como sahir desses termos e ampliar o conceito desta *indisponibilidade*, convertendo-a em uma rigorosa incapacidade de direito?

¹ BRUSTLEIN ET RAMBERT, *Com. de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite*, pag. 259, n. b. "O fallido dispõe do producto do seu trabalho; não se deve entender por isso somente as retribuições provenientes de emprego ou de serviços assalariados, mas todos os lucros realizados por elle no exercicio de sua profissão ou industria, todas as aquisições que são o fructo do seu trabalho; assim os proveitos que colher de uma invenção, de uma obra artistica ou literaria, de uma associação ou mesmo de uma especulação financeira."

O Decr. n. 917, art. 60, c, permite ao fallido comprar os bens da massa. Tal concessão não se comprehenderia sem o implicito reconhecimento do direito ou faculdade de o fallido commerciar. Pode o fallido encontrar um amigo ou parente que lhe forneça o dinheiro para a compra desses bens. Se lhe é vedado commerciar, que fará delles?

Restituil-os á massa? Permittir que esta os arrecado de novo? a resposta aifirmativa importaria em absurdo. A lei daria com uma para retomar com a outra.

Privar o fallido do direito de commerciar é condemnal-o a pena eterna da inactividade. Por quas meios poderá elle pagar integralmente aos credores, obrigação a que a lei o submette?

Accresce ainda que, na proibição de o fallido commerciar, se pode ver uma medida inconstitucional. E' garantido a todos os que habitam o território brasileiro o livre exercicio de qualquer profissão ou industria (Constituição Federal, art 72 § 24).

As mais adeantadas legislações e escriptores de nota não supportam essa restricção que se tem querido fazer soa direitos dos fallidos¹ tanto mais quanto ha meios fáceis de sophismal-a. Entre nós mesmo quantos fallidos, considerando em vigor a disposição do art 2. n.º IV do Cod. Com. auctorisam a mulher a commerciar em seu proprio nome art. 1 n. IV do Cod. Com.) e se constituem procuradores para administrar a casa commercial! O mesmo fazem com os filhos.

Entretanto, nio se pode occultar a penou situação do fallido que, tem rebabiiitacão, exercita o commercio Os credores singulares, pagos na fallencia, coro as repetidas execuções, irão recrutando os bens novamente adquiridos e até o próprio estabelecimento.

¹ Na Itália, VIDARI, Corso, vol. 1, n. 317, bis"; Cuzzi, Il Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 7, n. 120; CALAMANDREI, Del Fallimento vol. 1, n. 131; na França, LYON-CAEN & RENOARD, Iraité de Droit Com., vol. 7, n. 248.

Reconhecido o direito de o fallido não rehabilitado commerciar, duas consequencias decorrem naturalmente:

a) Ao fallido é garantida a faculdade de promover as acções oriundas do seu novo commercio.

b) A possibilidade de uma segunda fallencia promovida pelos novos credores. A dificuldade que apparce é a de regular a situação da duas séries de credores, isto é da primeira e segunda fallencia. Mas, considerando bem, a solução simplifica-se. Os credores da segunda fallencia pagam-se pelos bens nesta arrecadados; havendo sobras, vão para a massa da primeira fallencia se ainda existir o contracto de união, ou, se este não mais existir, sobre as referidas sobras podem os credores singulares exercer as suas execuções.

O tractamento de todos os credores em pé de egualdade é que seria injusto.

ARTIGO II

Quanto aos bens do fallido

Summario. — 248. Perda da administração dos bens presentes e dos que adquirir durante a fallencia. Justificação dessa medida. - 249. Ella opera-se de pleno direito. — 250. Os bens presentes são os que constituem o patrimonio do devedor. Bens excluidos da fallencia. — 251. Bens adquiridos durante a fallencia — 252. Continuação. — 253. A massa recebe os bens com os encargos que os gravam.

248. Um dos importantes efeitos que decorrem da sentença declaratoria da fallencia é a privação, que sofre o devedor, da administração de seus bens e dos que adquirir durante a fallencia.¹ Esta *administração* desloca-se para a *massa dos credores*, como deixámos dito no n. 193.

Considere-se a providencia legal como aconselhada pela situação do devedor, mesmo de boa fé, que, revelando impericia na direcção de seus negócios, perdeu a confiança dos credores; dê-se como fundamento, e a nosso ver com melhor razão, a necessidade de unificar a massa, constituindo um ponto fixo para base das operações da liquidação;² é, era todo o caso, essa providencia uma medida de prudencia, estabelecida no interesse da massa e não do fallido nem de terceiros.

Eis porque encontramos em todas as legislações adoptado expressamente o principio da privação de o fallido administrar os proprios bens.

249. A privação de o fallido administrar os seus bens realisa-se de pleno direito, por força da sentença declaratoria da fallencia, independente de qualquer outra formalidade ou menção expressa. A publicação dessa sentença (n. 171) basta para produzir aquelle efeito relativamente ao fallido e a terceiros.³

¹ Decr. n. 917, art. 18. Na Allemanha (lei de 1877, art. 1) a fallencia só, comprehende os bens pertencentes ao devedor no momento da declaração.

² THALLER, *Des Faillites en Droit Comparé* vol. 1, n. 86; RENOARD, *Traité des Faillites*. vol. 1, pag. 290.

³ Decr. n. 917, art. 28, a e b. Variam as legislações sobre o momento a partir) do qual se opera este effeito. Assim é que, emquanto em França decorre do dia da declaração da fallencia (Ood. Com., art. 443), na Hespanha retrotrahe á data da cessação de pagamentos (Cod. Com., art. 878; na Áustria (arts. 2 e 69) e na Hungria (lei1 de 1881, art. 3), vem do dia em que se publica a sentença.

Tem lugar, porém, a perda daquela administração antes mesmo da declaração da fallencia quando o juiz, durante as diligencias preliminares desta, decreta o sequestro (n. 149).

Operando-se de pleno direito com a declaração da fallencia a pripação de administrar os seus bens, não é dado ao juiz libertar o fallido a essa situação, nem mesmo aos syndicos da massa ou aos próprios

250. Os bens presentes, de cuja administração o fallido fica privado, são todos os que compõem o seu patrimonio, achem-se ou não em sua posse (ns. 102 e 163).

Entretanto, conserva o fallido a administração de bens que, por causas legitimas, são excluidos da acção dos credores e que não podem ser arrecadados na fallencia. Estes bens vão enumerados nos ns. 438 a 442 credores é permittido mantel-o naquella administração, por mais que conheçam a sua boa fé. Ao fallido pode somente ser confiada a arda de immoveis' e mercadorias (n. 443).

251. O fallido fica tambem privado de administrar os bens que adquirir *durante a fallencia* (n. 248), taes como successões, legados, doações e até mesmo os que lhe vierem devido ao acaso, ex.: um thesouro, um premio loterico.¹

A *massa* tem uma *vis attrahens* operando relativamente a estes bens phenomeno identico ao da accessão, pois adherem e se incorporam definitiva e permanentemente aos outros bens que o devedor possuia na epocha da declaração da fallencia (*bens presentes*),

Esta incorporação realisa-se independente de qualquer acto judicial.

¹ BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, pag. 259.

252. Adverte o Decr. n. 917, art. 18, que o fallido fica privado da administração dos bens adquiridos durante a fallencia.

Durante a fallencia quer dizer em quanto não se encerra o respectivo processo de fallencia, emquanto existe a massa, emquanto não é formada a concordata, nem são prestadas as contas dos syndicos em virtude da terminação da liquidação. Pouco importa que os bens arrecadados na fallencia não houvessem chegado para pagamento integral dos credores; encerrada a fallencia, sem a quitação ao devedor, a massa dissolve-se e os credores voltam ao exercicio de suas acções individuaes. O fallido pode administrar os bens que d'ahi em diante' adquirir; estes estão sujeitos somente á penhora, e não mais á administração e liquidação por parte de uma massa que não existe.

253. Os bens que incidem sob a administração da massa são por esta recebidos cora todos os seus encargos. Se acabam-se gravados de ónus reaes, se existe sobre elles algum privilegio, supporta-os ella precipuamente. E' consequencia do principio que deixámos explicado no n. 196: o direito da massa mede-se pelo direito do fallido.

ARTIGO III

Quanto aos contractos

254. A importancia do assumpto leva-nos a estudar separadamente:

- 1.º Os contractos synállagmaticos em geral;
- 2.º O contracto especial de conta-corrente;
- 3.º O contracto de sociedade;
- 4.º Os contractos de mandato e commissão;

5.º Outros diversos contractos.

§ 1.º

Os contractos synallagmaticos em geral

Summario. — 255. A fallencia não resolve pleno jure os contractos synallagmaticos.— 256. Quando não houver conveniencia a massa pode deixar de cumpri-los, pagando perdas e dammos. — 257. Posição excepçiona dos credores em virtude de taes contractos. — 258. Vendas a entregar em prazo certo. — 259. Pena convencional.

255. Os contractos synallagmaticos ou bilateraes geram duas obrigações principaes e correlativas; cada contractante é ao mesmo tempo credor e devedor. Essas obrigações são connexas; uma é a causa juridica da outra; a execução deve ser simultanea: *donnant donnant*, como dizem os francezes, *zug um zug*, com se exprimem os allemães.

Nenhum dos contractantes tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação por parte do outro sem que cumpra a que ficou a seu cargo.¹ A fallencia, pois, não resolve *pleno jure* os contractos synallagmáticos;² estes permanecera firmes, não são sujeitos a

1 WINDSCHEID, Pandekten, vol. 2, § 321.

2 Decr. n. 917, art. 22.

Lei Allermã, § 15: "Quando um contracto bilateral, ao tempo da abertura da fallencia não se acha inteiramente executado pelo devedor commum, o curador pode promover a boa execução. O curador, a pedido da outra parte, quando ainda não se tenha dado o vencimento, deve declarar immediatamente se está disposto a exigir o cumprimento do contracto. Se deixa de fazer isso, não poderá mais exigir a execução."

Lei Hungara, art. 18: "Quando um contracto synallagmatico se acha executado por parte do fallido antes da declaração da fallencia, a massa pode exigir do outro contractante a devida execução; se, ao contrario, o fallido não o cumpriu até á epocha da declaração da fallencia, mas sim o outro contractante, este não pode exigir a execução do contracto

vencimento antecipado (n. 220), e a obrigação assumida pelo fallido tem de ser executada nos termos convencionados pelos syndicos e curador fiscal.¹

256. Se não houver conveniencia para a massa, os seus representantes podem deixar de executar total ou parcialmente o contracto, mas a outra parte tem direito de exigir da massa perdas e danos.²

Os syndicos devem ter em muita consideração o que acaba de ser exposto. O fim da lei é também poupar prejuizos á massa. Muitas vezes a execução do contracto não trará vantagens ou lucros, ao contrario acarretará prejuizos, mas, sendo a massa obrigada a pagar perdas e danos pela não execução, o valor destes pode ser superior ao do juizo que experimentaria na execução, e nessas condições a conveniência da massa aconselha este ultimo alvitre.

257. D'ahi se depreheende a situação especial em que se acham os credores com direitos oriundos de contractos synallagmaticos, ainda não executados ao tempo da fallencia; a sua posição defensiva constitue garantia efficaz para evitar os efeitos do dividendo,³ e, com as armas ao seu dispor, podem occupar vantajosa collocação. Por exemplo,

nem repetir o que forneceu." Art. 19: "Quando o contracto não foi executado por parte do fallido, ou quando este contracto foi resolvido, o outro contractante pode exigir somente perdas e danos por causa da resolução figurando como credor chirographario, a menos que não lhe seja dado invocar uma causa especial de preferencia. Art. 20: "Quando o contracto synallagmatico não foi executado, antes da abertura da fallencia por ambas as partes, ou se o foi parcialmente, o syndico pode exigir a sua execução ou desistir delia, mas deve, em prazo fixado pelo juiz a requerimento da outra parte contractante, declarar se o executa; de outro modo não poderá mais exigil-a."

Cod. Federal Suíço das Obrigações, art. 96: "Se uma das partes é declarada fallida, ou suspende pagamentos, a outra parte pode recusar a execução até que lhe seja dada uma garantia para a execução da obrigação contractada em seu proveito."

¹ A que vem a intervenção do curador fiscal na execução destes contractos?

Em todo o caso deve ficar certo que, formado o contracto de união, já não é precisa essa intervenção (arts. 59 e 60 do Decr. n. 917).

² Decr. n. 917, art. 22, pr. e § 2.

³ THALLER, *Droit Com.*, n. 1642.

exer citando o direito de retenção, podem entrar na classe dos privilegiados; exercitando o de resolução, na classe dos reivindicantes.

Em ocasião oportuna e especialmente quando tractarmos do contracto de compra e venda na fallencia, voltaremos a este assumpto. Vide ns. 712 e segs.

258. Para o caso especial das vendas a entregar em prazo tendo por objecto valores on mercadorias, cuja cotação, curso ou preços correntes possam ser annotados (art 33 do Cod. Com., e Decr. n. 6132 de 4 de Março de 1876), a operação resolver-se-á no direito ao pagamento da differença, segundo o valor do dia da entrega.¹

259. Se a massa deixa de executar inteiramente o contracto, responde, como dissemos no n. 256, por perdas e danos, os quaes podem estar previamente estimados e constar de clausula do contracto. Então, o credor tem o direito de pedir a pena convencional, apresentando-se na fallencia como credor chirographario.

Não se deve confundir este caso com o de que tracta o art 23º § 3 do Decr. n. 917 mandando que não sejam attendidas as clausulas penaes, pois esta ultima disposição refere-se á obrigações *unilateraes a prazo*, que não poderam ser cumpridas pela superveniencia da fallencia do devedor. Vide n. 217.

§ 2.º

O contracto de conta-corrente

Summario. — 260. Conceito do contracto de conta-corrente, e influencia que sobre elle exerce a fallencia do correntista. —

¹ Decr. n. 917, art. 22, § 1. Disposições identicas nas Leis Allemã, § 16, e Hungara, art. 21.

261. Elementos constitutivos deste contracto. — 262. Efeitos da conta-corrente. — 263. A indivisibilidade e seus corollarios. — 264. A novação e seus corollarios. — 265. Caracter condicional das remessas consistentes em titulas de credito. A clausula salvo embolso. - 266. Posição dos correntistas, no caso de fallencia, relativamente a essa clausula. — 267. A fluência de juros recíprocos. — 268. Conta-corrente garantida.

260. O contracto de conta-corrente, instituto juridico moderno creado pelo trabalho paciente da jurisprudencia,¹ existe quando duas operações consistentes em remessas reciprocas de valores, remessas que transformam em artigos de debito e credito, de modo que o saldo pai, resultante do balanço destes dois artigos, seja unicamente o exigivel por aquelle que neste balanço se torna credor.² A conta corrente suppõe,

¹ O contracto de conta-corrente ainda nao está regulado em muitas legislações. Os Coda. Tedesco e Federal Suisso das Obrigações limitaram-se a dispor sobre os direitos do correntista, que for verificado credor pelo saldo do balanço. Os Cods. Coms. Italiano (arte. 345 a 348), Chileno (arte. 602 e segs.), Portuguez (arte. 344 e segs.), Argentino (arte. 771 e segs.), trazem normas completas. O Cod. Com. Braz., nos art. 253, 432 e 445, faz expressa referencia á conta-corrente, bem como diversas leis, entre estas o Decr. n. 917, nos arts. 21, 29, b, e 68 § 2.

Os nossos antigos escriptores não conheciam o contracto de conta-corrente. FERREIRA BORGES, (Dir. Jurid., verb. conta) filia-se ás idéas atrasadas de MERLIN e de BALDASSERONI, e o VISCONDE DE CAYRÚ (Direito Mercantil, Trat. 7, cap. XIV) nada adianta a tal respeito.

A jurisprudencia, acompanhando a evolução do direito e o estudo scientifico porque tem passado a conta-corrente, ha consagrado a sua existencia como contracto *sui generis* e determinado as suas condições e efeitos.

² A palavra *conta-corrente* tem no commercio uma significação muito lata, e como tal é costume considerar: já a conta que nos livros commerciaes apparece por deve e haver e mostra graphicamente as relações mercantis que duas pessoas mantêm entre si, ou as que um commerciante mantêm com uma cousa; já o exemplar da dita conta, copiada ou extractada dos livros commerciaes.

A designação scientifica, technica exprime o contracto da conta-corrente, cuja noção demos acima.

— Ha um contracto que tem estreita analogia com o da conta-corrente: a abertura de credito. MAURICE FALLOISE, em sua notavel obra *Traité des Ouvertures de Crédit*, n. 1,

como se ve, uma convenção; é um contracto só dependente da vontade das partes,¹ e, na phrase dos m anctorisados escriptores, um contracto *sui generis*.¹

define a abertura de credito: o contracto em virtude do Igual uma pessoa obriga se a fornecer fundos á outra, que, de sua parte, se obriga, caso use do credito, a embolsal-a dos seus adeantamenos.

Aquelle que abre o credito chama se creditor; aquelle em beneficio do qual é aberto diz se creditado. Como a conta-corrente, é a abertura de credito uni contracto sui generis, mau grado a opinião de LYON-CAEN & RENAULT (Traité de Droit Com. vol. 4, ns. 684 e 711), que vêem na abertura de credito: uma promessa de empréstimo, em virtude da qual uma pessoa, o creditor, obriga se a ter á disposição de outra, o creditado, certa somma.

O que é certo é que na abertura de credito os fornecimentos de dinheiro não são feitos tendo em vista uma transmissão reciproca de valores; aquelle em beneficio de quem é aberto o credito torna-se devedor desde o momento em que retira dinheiro do creditor augmentando sempre o debito até á somma, á qual é, por convenção, limitado o credito. Não temos lei que regule este contracto, nem mesmo disposições que directamente se refiram a elle. Entretanto importante papel representa na vida do commercio, e pode combinar se com outros contractos, taes como a conta-corrente, o penhor, a hypotheca, etc., actuando simultaneamente. Os banqueiros têm de algum modo o monopólio das aberturas de credito, e de ordinario associam-nas á conta-corrente, operando uma fusão destes dois contractos de abertura de credito existe por si só, sem a conta-corrente, exgottado o maximum da somma prometiada, o creditado deve pagal-a inteira ao creditor; não pode fazer pagamentos parciaea, nem pedir novos adeantamentos. Se, porém, existem os dois contractos, o creditado pode fazer pagamentos parciaes e reclamar logo novos adeantamentos, desde que não exceda o maximum fixado na abertura de credito (LYON-CAEN & RENAULT, Traitte, vol. 4, n. 189; VIDARI, Corso, vol. 5, n. 4360).

² Ac. da Relação do Rio, de 17 de Julho de 1888, confirmado por Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Agosto de 1889: "iniciação e movimento das relações da conta corrente dependem da vontade de ambas as partes em estabelecel-a" (O Direito, vol. 58, pag. 235).

Ac. do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 21 de Novembro de 1894: para a existência da conta-corrente, como contracto sui generis, que produz a transferencia de propriedade de valores dos diversos titulos de debito e credito que a constituem, cujos titulos perdem a sua individualidade para formarem um todo indivisivel, o indispensavel o consentimento reciproco das partes, sem o que não se pode dar essa transferencia (Gaz. Jur. de S. Paulo, vol 7, pag. 165)

Ac. da Relação de Ouro Preto, de 23 de Abril de 1896: o contracto de conta-corrente forma- se pela vontade dos correntistas, que pode ser expressa ou tacita, e prova-se por qualquer dos meios admittidos nos contractos commerciaes, operando-se pela transferencia da propriedade de valores entre correntistas, em movimento continuado de debito e credito" (O Direito, vol. 70, pag. 380).

¹ Ac. da Relação do Rio, de 17 de Julho de 1888, confirmado por Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Agosto de 1889: "iniciação e movimento das relações da conta corrente dependem da vontade de ambas as partes em estabelecel-a" (O Direito, vol. 58, pag. 235).

Ac. do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 21 de Novembro de 1894: para a existência da conta-corrente, como contracto sui generis, que produz a transferencia de propriedade de valores dos diversos titulos de debito e credito que a constituem, cujos titulos perdem a sua individualidade para formarem um todo indivisivel, o indispensavel o

Constituindo uma forma especial de especulação sobre o credito, contracto tem por base a confiança reciproca dos contractantes. A fallencia de um doa correntistas, abalando esta confiança, vae feril-o substacialmente; privando o devedor da administração dos bens, torna impossivel a alimentação da conta corrente, que vive e apparece com os seus artigos de credito e debito; produzindo a exigibilidade das dividas passiva fallido, impõe o immediato encerramento desta conta.²

201. São elementos constitutivos da conta-corrente:

a) A remessa de valores, já pura ou simples, já condicional. Diz-se *remessa* toda a operação que dá direito a quem a faz de tar-se na conta-corrente, e pode consistir em mercadorias, dinheiro titulo de credito, pagamento por conta do outro correntista, ou acceite de saques, etc, etc. No seu amplissimo significado technico, diz VIVANTE, a palavra remessa comprehende também as operações, nas quaes na realidade nada se remette.³

b) A transformação destas remessas em artigos de credito e debito; é este o alimento da conta-corrente. Não ha em absoluto a *transferencia de propriedade das remessas*. VIVANTE mostra que a

consentimento reciproco das partes, sem o que não se pode dar essa transferencia (Gaz. Jur. de S. Paulo, vol 7, pag. 165)

Ac. da Relação de Ouro Preto, de 23 de Abril de 1896: o contracto de conta-corrente forma- se pela vontade dos correntistas, que pode ser expressa ou tacita, e prova-se por qualquer dos meios admittidos nos contractos commerciaes, operando-se pela transferencia da propriedade de valores entre correntistas, em movimento continuado de debito e credito" (O Direito, vol. 70, pag. 380).

¹ VIDARI, Corso, vol. 5 n. 4247: "O oontraoto de conta-corrente é o contracto de conta-corrente", imitação da phrase de FEITU (Compte-courant, n. 56" o seu nome é conta-corrente, a sua natureza juridica é de ser conta-corrente Consultem-se: THAILLER, Droit Com., n. 1420; RUBEN DE COUDER, Dict. Com verb. Compte-courant, n. 3; MARGHIERI, Il Dir. Com. Ital., vol. 3, n. 2376; SUPINO Dir. Com., n. 349; CALUCI, IL Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 4. n. 4).

² MARGHIERI, Obr. cit., vol. 3, n. 2367; DALLOZ, Repert., verb. Compte-courant, n. 484. VIDARI, Corso, vol. 5., ns. 4242 e 4245, dá outra razão justificativa.

³ Trattato di Dir. Com., vol. 3, n. 1187.

proposição contraria, acceita como máxima quasi pacifica na doutrina, não resiste á critica.¹

c) A verificação de um saldo final, prestação única. Diz-se ordinariamente que esta verificação da differença entre a totalidade do credito e a do debito se opera mediante a compensação, locução que não escapa a censura juridica.² O Decr. n. 917 nos arts. 21 e 29, b, fala desta compensação, palavra que mantemos neste estudo com o protesto de sua injuridicidade.

262. Importantissimos são os efeitos da conta-corrente, podendo reduzir-se a quatro principaes:

- a) A indivisibilidade;
- b) A novação;
- c) O character condicional das remessas consistentes em titulos de credito;
- d) A fluencia de juros reciprocos.

263. Quanto á *indivisibilidade*. Os creditos levados á conta corrente perdera o seu character, a sua individualidade própria e ficam sem existencia distincta; fazem parte de um todo indivisivel que é a própria conta-corrente; vêm a se fundir nesta como em um cadinho; representam uma espécie de cadea indissoluvél, cujos anneis não podem ser desprendidos. Esta massa homogénea, indivisivel, dá em resultado um saldo unico, que é, por assim dizer, o resumo, o extracto de todas as operações dos contractantes.

¹ Trattato di Dir. Com., vol 3, n. 1198.

² THALLER, Droit Com., n. 1427: "Il (le compte-courant) ne se compose pas de créances individuelles, sujettes à se totaliser ou à se compenser; au sens juridique du mot. Le compte courant a une prestation unique: le solde. Jusqu'à ce que ce solde se dégage, il n'est rien d'unique de part ou d'autre".

D'ahi os corollarios seguintes:

a) Da conta-corrente não pode ser tirado nenhum dos artigos que a aviventam, e exigir-se o seu pagamento separado.

b) Nenhum dos artigos pode ser arrestado, nem penhorado, nem reivindicado, nem havido como provisão de fundos, nem applicado a qualquer pagamento especial.

c) As remessas feitas por um correntista a outro não são para pagar debitos, mas para alimentar a conta-corrente, e portanto não são nullas quando mesmo effectuadas no periodo suspeito da fallencia do remettente.¹

264. Quanto á novação. Logo que a remessa entra em conta-corrente extingue-se como tal, sendo substituida por um artigo de credito a favor do remettente.

D'ahi os corollarios seguintes:

a) Extincção das acções que competiam ás antigas dividas. A divida levada á conta-corrente deixa de ser exigivel, e até ao encerramento desta conta um correntista não pode obrigar o outro a pagar.²

b) Extincção das garantias adjectas aos creditos. Assim, o vendedor que passou para a conta corrente o preço que lhe deve o comprador, renuncia os privilégios que a lei lhe garante;³ extinguem-se a hypotheca, a fiança, a caução dos creditos levados á conta-corrente.

¹ Decr. n. 917, art. 29. b.

² Exemplo: o caso do art. 68, ff, do Decr. n. 917.

³ SILVA COSTA, Conta-Corrente, n. 60; Ac. do Trib. da Relação de Ouro Preto, de 20 de Maio de 1896, n' O Direito, vol. 70, pag. 561.

- Qual a natureza juridica da clausula salvo embolso na conta corrente? Varii varia dixerunt.

c) Interrupção da prescrição especial de cada credito entrado em conta-corrente, o qual fica substituido pela prescrição applicavel ao saldo definitivo.

d) Os titulos civis são commercializados em virtude da sua entrada na conta-corrente.

e) Se o titulo não vencia juros, ou se vencia outros diversos dos estipulados para a conta-corrente, passa a ter os desta.

265. Quanto ao *caracter condicional das remessas-consistentes em titulos de credito*. As remessas consistentes nestes titulos figuram na conta-corrente pelo seu valor e pelo que possam liquidar *pro solvendo* e não *pro soluto*.

Se as partes estipulam expressamente que o lançamento a credito será mantido em caso de embolso, e annullado, no caso contrario, por extorno, isto é, por meio da inscripção da mesma som ma a debito na conta, ha o que se chama a clausula salvo embolso.

1.º) Para uns é a applicação do principio: a condição resolutoria inihmtende-se em todos os contractos synallagmaticos. SUPINO, Dir. Com., n. 851; MARGHIERI II Dir. Com. Itall., vol. 3, n. 2391.

2.º) Para outros: aquella clausula equivale a uma condição suspensiva, não se dando a transferencia da propriedade das remessas, senão depois de sua realização integral. VIPABI, Corso, vol. 5., n. 4269.

3.º) Para alguns: é o exercício da acção que a lei confere contra os sa oadores, endossantes ou abonadores de letras, solidariamente garantes, BOIS-XEL, Droit Com., n. 833 a.

4.º) Para outros: é a applicação do principio: nulla é a obrigação sem causa. A falta de pagamento do titulo vem provar que na realidade nenhum valor entrou para o património do recipiente. O credito não tem causa. LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 4, n. 811.

5.º) Para outros finalmente: é uma simples condição resolutoria subentendida na convenção, não por se tractar de um contracto synallagmatico, mas em virtude da intenção presumida das partes, e dos usos commerciaes. CLEMENT, Compte-courant, n. 55.

E' esta a doutrina que nos parece mais exacta. A clausula salvo embolso é uma condição resolutoria que, a menos não haja circumstancias denunciativas de uma vontade contraria, deve sempre ser subentendida nas relações dos correntistas, quer sejam solvaveis, quer fallidos, quer o recipiente tenha, ou não, negociado os titulos.

Se não ha estipulação expressa, esta clausula deve ser subentendida de pleno direito, annullando-se o credito correspondente ao valor do titulo remettido, no caso deste não ser pago no vencimento.

266. Relativamente a esta clausula salvo embolso é conveniente examinar as posições dos correntistas no caso de fallencia: do remettente, do recipiente, e de ambos.

Quem estiver certo dos principios dominantes na materia, diz muito bem o Dr. SILVA COSTA, tem o justo critério para aferir o valor das hypotheses occorrentes e provel-as do necessario remedio, cumprindo não perder de vista que, se a fallencia faz cessar o movimento da conta-corrente, não tem entretanto a virtude de transformar as relações de direito, nem de alterar os principios que os regem.¹

Dada a fallencia do remettente e á vista do art 21 do Decr. n. 917 que considera fecbadas as contas-correntes com o fallido no dia da declaração da fallencia, o recipiente conserva o direito de annullar, por falta de pagamento, o lançamento que fez a credito do remettente ?

Comprehende-se o alcance pratico da questão. JOÃO e PEDRO estão em conta-corrente, e esta equilibra-se exactamente. Nessa ocasião JOÃO remette a PEDRO uma letra de responsabilidade de MANOEL no valor de 20:000\$000. PEDRO credita a JOÃO. Este é declarado fallido e a conta-corrente é fechada. MANOEL não paga o titulo no dia do vencimento. Fazendo-se o extorno, o credito de 20:000.000 lançado a favor de JOÃO é destruido pelo debito de igual somma levado á sua conta, e assim a fallencia de JOÃO não causará prejuizo a PEDRO.

Mas, se o extorno não tem lugar, PEDRO vem a pagar integralmente já massa fallida de JOÃO a quantia de 20:000\$, saldo verificado da conta-corrente, devendo apresentar-se como credor chirographario da massa por 20:000\$, como portador de um titulo não

¹ Conta-Corrente, n. 66.

pago, endossado pelo fallido; consequentemente, fica PEDRO sujeito ás contingências da fallencia.

Entendem uns que o lançamento feito pelo recipiente a credito do remettente não pode ser annullado depois da fallencia deste, pois a massa dos credores é um terceiro, alheio ás compensações produzidas pela conta-corrente, devendo correr a cargo do recipiente os riscos de uma operação da qual tiraria proveito em condições contrarias; acere scendo que a igualdade, principio fundamental, viria a soffrer admittindo-se uma compensação depois da declaração da fallencia.

Pensara outros de modo contrario, e parece-nos que com justo razão. A massa somente se reputa terceiro nos casos expostos no n. 197, e a fallencia não pode conferir aos credores maiores direitos do que os que tinha o fallido, e portanto não pode tornar puro e simples um contracto condicional (n. 196). Se o titulo não é pago, não está cumprida a condição; o recipiente tem o direito de exigir o cumprimento do contracto, no qual a clausula salvo embolso é sempre subentendida.

O que temos dito applica-se também ao caso em que o recipiente tenha negociado o titulo, pois a condição juridica dos correntistas em nada se altera com a fallencia.¹

¹ A proposito podem ainda surgir importantissimas questões que apenas de leve esboçamos.

O remettente (ou a massa dos credores deste) pode exigir que se faça o estorno se o recipiente preferir manter o lançamento a credito feito opportunamente? Muitas vezes está no interesse do recipiente não fazer este extorno porque, alem de figurar na fallencia do remettente pelo saldo da conta-corrente, pode, na conformidade do art. 70 § 2 do Decr. n. 917, apresentar-se pela importancia total da letra não paga na fallencia dos co-obrigados, recebendo maior porcentagem do que se houvesse feito o extorno.

Entendem uns qué o remettente pode exigir o extorno porque a clausula salvo embolso, sendo, segundo pensam elles uma condição suspensiva, impede que a do recipiente se torne proprietario definitivo da letra não paga, devendo ser considerado simples detentor; e ainda porque, não havendo convenção expressa, se deve decidir pela lei da igualdade e reciprocidade, concedendo-se ao remettente os mesmos direitos que ao recipiente.

Pensam outros de modo diverso, e com estes estamos nós. A transferencia do titulo opera-se com a condição resolutoria subentendida no caso do não pagamento. Ora, diz muito bem CLEMENT (Des Compte-courants, n. 69), a resolução, segundo os principios geraes de direito, deve ficar á vontade do recipiente, porque não pode ser invocada por

Dada a fallencia do recipiente, a solução é a mesma, pois as repões de decidir são identicas.

No caso de fallencia dos dois correntistas prevalece ainda a mesma solução.

267. Quanto á fluencia de juros reciprocos dos artigos inseridos na conta-corrente, pouco ha a dizer, sendo certo que este effeito é da natureza, mas não da essencia da conta-corrente.¹

268. Para terminar estas ligeiras notas sobre o contracto de conta-corrente, que aliás já vão desnorteando o plano deste livro, diremos que para garantir o saldo desta conta pode uma das partes, ou podem ambas, fazer hypotheca especial de immoveis, ou constituir penhor.

Neste caso, verificado o saldo da conta-corrente, o credor será considerado não chirographario, mas sim hypothecario com privilegio

quem faltou ás suas obrigações. Ao recipiente é permittido, em caso de não embolso, manter ou annullar o credito que deu ao remettente. O seu fim não é realizar um lucro, mas evitar um prejuizo, e comprehende-se que é justo tirar o melhor partido das letras não pagas.

— Acabamos de ver que o recipiente, no caso de não pagamento de uma letra ou outro qualquer titulo de credito lançado na conta-corrente, tem o direito de optar pelo extorno ou obrar na qualidade de portador, quer contra o remettente quer contra co-obrigados com o remettente. Surge d'ahi est' outra questão: o recipiente, depois de haver cobrado parte do seu credito em virtude de um dos meios de que dispõe, pode empregar o outro para chegar ao embolso integral ou tão completo quanto possivel? em outros termos: tendo cobrado parte do seu credito como portador do titulo, pode externar o restante, e, ao contrario, tendo feito o extorno pode obrar como portador?

Divergem aa opiniões não se podendo, nos estreitos limites deste estado, apreciar as detidamente. Leiam-ae FEITU, *Traité du Compte Courant*, ns. 154 e segs.; HENRI DA, *Du Contrat de Compte Courant*- P. CLEMENT, *Compte Courant*, na. 70 e segs.; LYON-CAEN & RENAULT, *Iratê du Droit Com.*, vol. 4, ns. 818 e segs. Depois do recipiente ter obrado na qualidade de portador contra os responsaveis pelo titulo, pode fazer o extorno pela diferença entre a somma total do titulo e aquella que recebeu. O recipiente está no seu direito tirando todo o partido possivel dos titulos não pagos no vencimento, e a clausula salvo embolso, estabelecida em beneficio do recipiente, continua a proteger a porção não cobrada do seu credito. A razão logica da disposição do art. 70 § 2 do Decr. n. 917, fundada em principios de equidade, pode ter applicação ao caso que apreciamos.

O recipiente, não obstante ter externado o valor dos titulos não pagos, pode guardal-os em carteira, como garantia, e demandar os devedores solidários até á concorrência do saldo da conta-corrente de que for credor (CLEMENT, *Compte Courant*, n. 80 e segs.; Contra, LYON-CAEN & RENAULT, *obr. cit.*, vol. 4, n. 820).

¹ LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 4, n. 842; RUBEN DE COUDER, *Dict. Com.*, verb. *Compte-courant*, n. 2.

pobre os immoveis hypothecados, ou pignoraticio sobre os moveis dados em penhor,¹ pois a superveniencia da fallencia não annulla as garantias (n. 196).

Se o saldo excede o producto dos bens que servem de garantia, o credor será admittido como chirographario pela parte residua.²

§ 3.º

O contracto de sociedade

Summario. — 209. A fallencia de qualquer socio dissolve pleno jure a sociedade commercial. — 270. E a civil. — 271. Na liquidação intervêm os syndicos e curador fiscal. — 272. A concordata formada com o socio fallido não faz reviver a sociedade.

260. A fallencia de qualquer socio, solidário ou commanditario em commandita simples, produz de pleno direito a dissolução da sociedade commercial.³ O fallido perde a administração de bens, e a sua quota liquida na sociedade não escapa a arrecadação. Só a liquidação pode demonstrar esta quota.

270. Pela mesma razão, as sociedades civis também se dissolvem pela fallencia de qualquer dos socios.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II

² Decr. n. 917, art. 70, n. IV, c.

³ Decr. n. 917, art. 19; Cod. Com., art. 335, n. II.

- A disposição do art. 19 do Decr. n. 917 refere-se evidentemente á sociedade existente, que tenha sido regularmente formada. Se na imminencia da declaração de sua fallencia, o socio distracta a sociedade que tinha com outros, pode este acto ser annullado nos termos do art. 30, b, do Decr. 917. Ac. do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 7 de Fevereiro de 1896, na Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 11, pag. 179.

⁴ TEIXEIRA DE FREITAS, Consol. das Leis Civis, nota 17, ao art. 758, § I; I CLOVIS, Direito das Obrig., § 164; COELHO DA ROCHA, Dir. Civil, vol. 2, § 869.

271. Na liquidação da sociedade intervirão os syndicos e o curador fiscal, com plena faculdade para substituirem in totum o socio fallido, sendo válidos e irrevogaveis todos os actos que praticarem conjunctamente com os sócios *in bonis*.¹

272. Dissolvida a sociedade pela fallencia de um socio, obtendo este concordata, não cessa a liquidação, nem revive, por conseguinte a sociedade.

A sociedade foi dissolvida de pleno direito; rotos ficaram os compromissos pessoaes assumidos pelos socios de permanecerem em sociedade. Só pelo consentimento unanime delles pode reviver a sociedade ferida de dissolução *ex vi legis*.²

§ 4.º

Os contractos de mandato e comissão

Summario. — 273. A fallencia do mandatario rompe o mandato; não a do mandante, 274. Fallencia do mandatario. Justificação do rompimento do mandato neste - 275. Inefficada doa actos praticado pelo mandatario depois da fallencia. — 276. Os representante da massa devem selar os interesses do mandante provisoriamente — 277. A massa tem de prestar contas ao mandante. — 278. O fallido não está privado de receber um mandato. — (B) 279. Fallencia do mandante. — 280. O

¹ Decr. n. 917, art. 19 em referencia ao art. 355 do Cod. Com.

² Nas sociedades civis esta solução também prevalece. LAURENT, Principes de Droit Civil vol. 26, n. 388; GUILLOUARD, Traité du Contrat de Société, n. 317.

fallido pode constituir procurador para todo quanto não se refira a direitos, interesses e obrigações da massa.

273. A fallencia do mandatario ou commissario rompe pleno rure o mandato da commissão; ao contrario, a fallencia do mandante ou committente não faz cessar o exercicio do mandato ou commissão.¹

(A)

Fallencia do mandatario

274. No mandato a gestão é confiada pelo mandante *intuitu mersona mandatarii*.

Declarado fallido o mandatário, é de presumir que o mandante não deseje mais que o seu negocio continue sem a gestão de quem perdeu a sua confiança. *Mutato statu procuratoris, dicitur statim mutato voluntas in mandante*.

275. Publicada a fallencia, cessa o mandato, quer seja civil quer commercial; a disposição do art. 20 do Decr. n. 917 é ampla.² Os actos praticados pelo fallido, na qualidade de mandatario, não obrigam o mandante, pois se considera ter elle obrado sem procuração. Em todo o caso pode o dono do negocio ratificar o defeito substancial.

276. Fallindo o mandatario, devem os representantes da massa participar esse acontecimento ao mandante e, até que recebam

¹ Decr. n. 917, art. 20. O Cod. Com. no art. 157 mandava acabar o mandato pelo fallimento quer do committente quer do mandatario, disposição que o art. 20 do Decr. n. 917 modificou.

² Mandatum datum a scribente cessat et intelligitur revocatum, si sequatur scribentis decoctio. CASAREGIS, Disc. 152. ns. 4 e 5.
Rumpente mercatore, omne mandatum et omnis commissio dicitur revocata. *Rota de Genova*, Dec. 2, n. 31.

resposta, zelar os interesses deste e concluir os actos de gestão começados pelo fallido, se da mora poder vir damno ao mandante.¹

Os representantes da massa obrarão como gestores de negocio.²

277. Cessando o exercício do mandato com a superveniencia da fallencia do mandatario, a massa tem de prestar contas ao mandante (como representante que, neste particular, é do fallido), segundo as regras de direito.

278. Deve-se notar que o fallido não está privado de receber um mandato. O exercicio da capacidade de direito lhe é garantido em toda a plenitude naquillo que não se referir aos interesses, direitos e obrigações da massa (n. 233). Se o mandante quizer que o fallido continue na execução do mandato, ou se alguém conhecendo este estado lhe conffiar a gestão de um ou mais negocios, nada obsta a que o fallido desempenhe o encargo. Quaesquer responsabilidades em que incorrer o fallido, em virtude do mandato recebido, ficarão alheias á massa.³

(B)

Fallencia do mandante

279. Se o mandante é declarado fallido, não ha razão para cessar o mandato. O mandatário exercerá os poderes que lhe foram conferidos até á expressa revogação pelos svndicos e curador fiscal, a quem prestarão contas. Ha então a revogação commum do mandato pelai única vontade dos representantes da massa.

¹ Tal é a importancia deste thema que não hesitamos applicar-lhe por analogia a disposição do art. 161 do Cod. Com., relativa ao caso de morte do committente.

² Cod. Com., art. 163.

³ Decr. n. 917, art. 20. Sempre a figura do curador fiscal nestes actos exclusivamente próprios da administração da massa!

280. Ao terminar este assumpto resta observarmos que o fallido não está privado de constituir procurador para tudo quanto não se refira a direitos, interesses e obrigações da massa.

Relativamente mesmo ao processo da fallencia o Decr. n. 917 permite que elle nomeie procurador para represental-o nos actos e reunioes (n. 241), e, como assistente, nas acções que contra elle estiverem pendentes ou que, contra a massa, forem posteriormente intentadas (n. 238).

§ 5.º

Outros diversos contractos.

Summario. — 281. O contracto de arrendamento. — 282. O de fiança. — 283. O de seguro.

281. O contracto de arrendamento (locação de immoveis por prazo certo) não se resolve pela fallencia do locador nem pela do locatario, salvo, quanto á deste ultimo, se a locação foi feita com prohibição de ceder ou sublocar.¹

282. A fiança não se extingue pela fallencia do fiador ou do afiançado.²

Se o fallido é o fiador, a lei obriga o [devedor originário a dar “ova fiança ou a pagar immediatamente a divida.”³

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Consol. das Leis Civis, nota 3, art. 652. E' insustentavel em face do art. 22 do Decr. n. 917 o que dia CLÓVIS, Direito das Obrig., § 146: “a fallencia do locador ou do locatario determina a dissolução do contracto de locação.” Parece ter-se dado erro de impressão, faltando o adverbio não antes da palavra determina, pois TEIXEIRA DE FREITAS, loc. cit. acima, e o Cod. Civil Chileno, art. 1968, Invocados por CLOVIS, dizem o contrario do que se lê em sua citada obra.

² A fallencia não é meio de extinguir a fiança. Sentença de Revista Civel do Supremo Trib. de Justiça, de 6 de Junho de 1869, apud CANDIDO MENDES, Arestos, I pag. 706, n. IX.

³ Cod. Com., art. 263.

283. O contracto de seguro não se rescinde pela fallencia quer do segurador, quer do segurado, mas dão-se n'elle as seguintes particularidades:

1.º) Na fallencia do segurador:

a) o segurado pode pedir a annullação do seguro da primeira apolice para resegarar o objecto do seguro.¹ Este pedido de annullação deve ser feito no juizo da fallencia e segundo a regra estabelecida no art. 35 § 1.º do Decr. n. 917;²

b) consummado o risco, estando o fallido obrigado á respectiva indemnisação, o segurado é contemplado na massa como credor chirographario.³

2.º Na fallencia do segurado:

a) dado o sinistro, a massa, representante do segurado, vae haver do segurador a indemnisação devida.

b) o segurador é credor privilegiado para haver a importancia do premio nos termos dos art. 470 §§ 8 e 9, 471, 472, 475, 877 §§ 6 e 9 do Cod. Com; art. 621 do Regul. n. 737 de 1850; art. 5 § 2.º I Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890.

¹ Cod. Com., art. 687, 2º parte.

² O Cod. Com. limita-se a dizer que o segurado pedirá em juizo a annullação da primeira apólice observa SILVA COSTA, Seguros, n. 93, que o Cod. não exige sentença que annulle a primeira apolice, fazendo depender a validade do reseguo do simples pedido da annullação.

Pode a massa preferir manter o contracto, consultadas as razões de conveniência? Sim, desde que contraia o compromisso do pagamento integral da indemnisação, pensa SILVA COSTA, Seguros, n. 523.

³ Cod. Com., art. 687, 2º parte.

SECÇÃO III

Actos nullos e annullaveis

Summario. — 284. Tutela que a lei exerce sobre os direitos dos credores para evitar o desvio do activo do devedor e manter a par conditio. — 285- Meios praticos desta tutela. — 286. As três epochas do periodo suspeito. — 287. Actos ahi comprehendidos; colorido especifico que assumem. — 288. Impropriedade do termo nullidade para designar o meio que tem a massa de isentar-se dos effeitos daquelles actos. — 289. A acção revocatoria ou pauliana do direito civil — 290. Sua admissão no direito commercial; sua insuficiencia e criação do instituto da revogação dos actos do devedor fallido. — 291. Construcção deste instituto. — 292, Dificuldades do assumpto, — 293. Ligeiro exame do Decr, n. 917. — 294. Suas fontes. — 295. Razão de ordem.

284. Um dos effeitos fundamentaes da declaração da fallencia é privar o fallido da administração dos seus bens (ns. 193 e 248), nada mais natural e logico do que a nullidade com que o Decr. n 917, no art. 28, fulmina todos os actos relativos a interesses, direitos é obrigações da massa, praticados pelo devedor depois daquela declaração) (n. 234).

O legislador, porém, não se limitou a isso: investiu a massa da qualidade de terceiro e armou-a com a singular prerogativa de libera tar-se, em seu beneficio, dos effeitos de muitos actos realizados pelo dá

devedor antes da sentença declaratoria da fallencia (ns. 195 e 197), imprimindo n'esta sentença como que uma extensão retroactiva.

Esta providencia, que á primeira vista parece de excessivo rigor, encontra justificação completa em duas valiosissimas razões: 1.º a sentença de abertura da fallencia não faz mais do que declarar, tornar publico e certo o estado de ruina economica do devedor, estado que no maior numero de vezes, vem de tempo anterior á data daquella sentença; 2.º a natureza especialissima das transacções mercantis impõe legislador o dever relevante de proteger eficazmente a boa fé dos credores, já acautelando os bens do devedor de possivel diminuição sem tusa justa, já impedindo que uns credores se colloquem melhor de que litros, depois de conhecidos os phenomenos annunciadores da fallencia.

Para manter em sua integridade o activo do devedor, penhor nonimum dos credores, e conservar o programma de egualdade que servir de orientação ao processo colectivo da fallencia, era indispensavel que a lei abrigasse, tutelasse, para melhor dizer, os credores, indo em auxilio destes com disposições que impedissem a offensa de seus direitos, ou antes que restabelecessem entre elles a par conditio quandodo alreadada.

A lei põe em acção esta tutela isentando os credores dos effeitos vis de certos actos praticados pelo devedor antes da declaração judicial a fallencia; estes actos, *validos em si*, são, entretanto, considerados *insubsistentes* relativamente á massa.

285. Para tornar praticamente efficaz essa tutela o Dec. n. 917:

a) creou um *periodo suspeito*, isto é, um período intermediario fentre o regime da plena capacidade do devedor e o que resulta da declaração da fallencia, periodo em que, como observa THALLER, os direitos do devedor vão mingando até desapparecerem afinal, e a sua liberdade de contractar soffre uma primeira serie de limitações;¹

¹ Des Failites du Droit Comparé, vul.1, n. 107

b) impoz ao devedor a obrigação de declarar em juizo a sua fallencia dentro de prazo certo (ns. 108 e 109), sujeitando-o ás penas da falencia culposa, salvo as da fraudulenta, se da omissão deste dever legal resultar que fique fora da influencia da epocha legal algum acto que dentro desta epocha seria nullo ou annullavel.¹

286. Era mister estabelecer ainda dentro do periodo suspeito certa graduação, de modo a se tornarem, pouco a pouco, mais intensos dos effeitos retroactivos da fallencia, e isso fez o Decr. n. 917 assignalando três epochas:

1.º epocha anterior á data da declaração da fallencia;

2.º epocha que constitue o *termo legal* da fallencia (n. 166);

3.º epocha que decorre do sequestro á declaração da fallencia. Em rigor, a 3.º epocha acha-se incluída na 2.º acima, do mesmo modo que resta na 1.º, mas, em virtude do character especial que assumo, deve ser examinada separadamente.

287. A) NA PRIMEIRA EPOCHA:

I Considera nullos de pleno direito, a beneficio da massa, tenha ou não o contractante conhecimento do estado do devedor, haja ou não fraude por parte deste:

a) Dentro dos ultimos dois annos:

1.º aos actos a titulo gratuito;²

2.º a renuncia á successão, legado ou usufructo.³

b) *Sem determinação exacta de tempo:*

¹ Decr. n. 917, art. 80, n. III.

² Decr. n. 917, art. 29, a.

³ Decr. n. 917, art. 29,

a restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do pra estipulado no contracto antenupcial.¹

II Concede a *faculdade de revogar*, a beneficio da massa, todo e qualquer acto, ainda não prescripto, provando-se fraude de uma e outra parte contractante.²

B) NA SEGUNDA EPOCHA:

Considera nullos, a beneficio da massa, tenha ou não o contractante conhecimento do estado do devedor, haja ou não fraude por parte deste:

1.º o pagamento de dividas não vencidas;³

2.º as bypothecas em garantia de dividas anteriormente contrahidas, ou outra qualquer garantia real, inclusive o direito de retenção.⁴

C) NA TERCEIRA EPOCHA:

Equipara a decretação do sequestro á declaração da fallencia⁵ sendo applicaveis aos actos realizados dentro dessa epocha os mesmos efeitos dos que forem praticados pelo fallido depois da sentença declaratoria da fallencia.

Em qualquer dessas três epochas os actos do devedor assumem ura colorido especifico, que será verificado no exame e estudo de cada um delles.

¹ Decr. n. 917, art. 29, e.

² Decr. n. 917, art. 30, b: "São annullaveis".... seja qual for a epocha em que tenham sido feitos

³ Decr. n. 917, art. 29, b

⁴ Decr. n. 917, art. 29, c.

⁵ Decr. n. 917, art. 28, c.

288. Antes de passarmos á nova ordem de considerações, uma util advertencia.

O Decr. n. 917 denomina nullidade a isenção dos effeitos de certos actos do devedor antes da declaração judicial da fallencia, direito que a massa pode invocar em seu beneficio.

Entretanto não se tracta de uma *nullidade*, de um acto *nullo* no rigor juridico da palavra. O acto repellido pela massa fica subsistente entre as partes que lhe deram o ser.

E' uma nullidade-jano, lembra SEGOVIA, é o *simul esse et non esse*.

A lei allemã de 1877, comprehendendo que o acto nullo é sempre nullo *pro infecto habetur*, e repugnando acceitar essa nullidade de duas caras, usou expressões mais adequadas. Em vez da palavra UNGULTIGKEIT, *nullidade*, emprega UNWIRKSAMKEIT, *inefficacia*. Falando dos actos *annullaveis* applica a expressão ANFECHTUNG, *impugnação*.

Dos mesmos neologismos UNWIRKSAMKEIT ANFECHTUNG, serviu-se a lei austriaca de 1884.

O Decr. n. 917, como o Codigo de 1850, e as leis franceza, italiana e hespanhola mantiveram a palavra nullidade, respeitando a tradição do Direito Romano na theoria da acção pauliana.¹

289. Na legislação civil tem o devedor ao seu dispor a *acção revocatoria* ou *pauliana* para invalidar o acto fraudulento do devedor

¹ A impropriedade dos termos levou o Regul. n. 787 a confundir absurdamente a acção revocatoria com a acção rescisoria dos contractos commerciaes (arte. 684 B 1; 686 § 5, e 694.)

insolvavel, chamal-o ao patrimonio donde sahiu, e sobre elle fazer a execução judicial.¹

O Direito Romano, como subsidiario, é ainda entre nós o assento exclusivo desta matéria,² e segundo elle os extremos substanciaes da facção revocatoria ou pauliana são:

1.º O *consilium fraudis* por parte do devedor, isto é, sabendo este que se acha insolvavel ou que se pode tornar tal em virtude do lacto que emprenhe, ou mesmo, ignorando o seu estado por culpa lata, não obstante, o realiza.³ Vide n. 358.

Deste requisito deduzera-se implicitamente os seguintes corollarios principaes:

a) normalmente, é necessario que o credito, de quem impugna o acto do devedor, seja anterior a este acto;⁴

b) não pode ser demandado pela pauliana quem recebeu o que lhe é devido, ou, por outra, não pode ser invalidado pela pauliana o

¹ CORRÊA TELLES, Doutrina das Acções, ed. de Coimbra, § 106; PAULA BAPTISTA, theoria e Pratica do Processso, § 24.

² "A acção revocatoria era uma instituição juridica, fundada, não sobre necessidades próprias e transitórias da civilização antiga, mas sobre considerações de equidade natural, que se manifestam igualmente em qualquer epocha e em qualquer paiz." GIORGI, Obbligazioni, vol. 2, n. 259.

— As fontes do Direito Romano são: DIGESTO, Que in fraudem creditorun facta sunt ut restituantur: XLII, 8; CODIGO, De revocandis his, quee in fraudem preditorun alienata sunt: VII, 75.

O Direito Romano é inesgotável nessa matéria, e innumeras questões têm quebrado a cabeça aos interpretes, permanecendo até hoje insolúveis. (Vide TAMBOUR, Des voices d'execution; VAINBERG, La faillite d'après le Droit Romain. Teve o Direito Romano de cogitar de muitos casos de fraude, regulando insignificantes minúcias, pois, como se sabe, permittia contractar verbalmente (veja-se todo o titulo do Digesto de verborum obligationibus, 45, 1, e Instituta, eodem, 3, 15); a própria hypotheca podia se constituir por convenção não escripta e por simples facto (L. 4, Dig. 20, 1). Hoje não ha receio de tanta facilidade.

³ BELLAVITE, L' axione pauliana nel Diritto Romano, pag. 6.

⁴ L. 10, § 1, Dig. 42, 8.

pagamento de um debito verdadeiro. Neste caso *suum receipt*; invalidar o acto seria *injuria afficere*.¹

2.º A *scientia* ou *participatio fraudis* do terceiro adquirente nos actos a titulo oneroso, isto é, conhecer este terceiro que o devedor não ignorava a sua condição economica: *fraudis non ignorantia ex parte terti*.² Vide n. 359.

Nos actos a titulo gratuito este requisito é dispensavel.³

3.º O *erentus damni*, o prejuízo soffrido pelo credor era virtuda do acto fraudulento.

E Deste requisito deduz-se que: o acto realizado pelo devedor deve ter produzido ou augmentado a sua insolvabilidade. E' o que se diz ser o nexo causal, isto é, o nexo entre o acto fraudulento e o prejuizo que, em consequencia delle, soffre o credor.

290. A acção revocatoria ou pauliana teve completa acceitação no direito commercial, sendo adoptada no instituto da fallencia como remedio supremo destinado a rehaver para a massa dos credores bens que o devedor houvesse distrahido do seu activo, com o intento de fraudar o pagamento de suas dividas (n. 353).

O Codigo Commnercial consagrava-a no art. 828⁴ e o Decr. n. 917 manteve-a no art. 30, b.

¹ L. 6 § 7; L. 10, § 14; L. 24, Dig. 42, 8; L. 129, Dig. 50, 17.

² MAIERINI, Della revoca degli atti fraudolenti, pag. 13; BREZZO, La revoca degli atti fraudolenti, n. 73.

³ L. 6, § 11, Dig. 42, 8; PAULA BAPTISTA, Theoria e Pratica do Processo, § 24; CORREA TELLES, Dout. das Acç., ed. Coimbra, § 108, nota 3; TEIXEIRA DE FREITAS, Consolid. das Leis civis, nota 17 ao art. 358.

Nos actos a titulo gratuito actua o principio da Lai 206, Dig. 50, 17: "jure naturae: cequuin est neminem cura alterius detrimento et injuria fieri locupletiore,

⁴ Casos notaveis de acções revocatorias, escreveu TEIXEIRA DE FREITAS, são os do art. 828 do Cod. Com. Adições á Dout. das Acç. de CORRÊA TELLES, n. 163.

A admissão da *acção pauliana* não bastaria, porém, por si só, para tornar realidade a *par conditio creditorum* e para garantir o direito da massa sobre todo o patrimonio do devedor. A variedade infinita de formas com que se podem revestir os actos commerciaes e a facilidade de meios que as transacções mercantis proporcionam para o aparelhamento da fraude, aconselham a necessity de normas mais amplas, e de efeitos mais promptos e seguros, do as do direito civil.

Aproveitando os materiaes da acção pauliana, o direito commercial construiu o *instituto da revogação dos actos do devedor na fallencia*.¹ Sara esse fim teve de, em pontos substanciaes, modificar as normas ao direito civil, pois a fallencia cria um estado de cousas que torna a prova da fraude e colloca a massa não só em frente ao terceiro, lóni quem o devedor tractou, como em frente ao credor singular que por ventura illudira a soberana lei da egualdade.

A insufficiencia dá acção pauliana está reconhecida por todas as legislações que reservam a fallencia aos commerciantes;² ao lado della admittiram o instituto a que nos referimos para facilitar á massa reconsruir o activo do devedor, depauperado sem razão ou causa justa.³

O Cod. Com. continha disposições a esse respeito no art 827, e o Decr. n. 917 consagra normas especiaes nos arts. 28, 29 e 30, a.

¹ A palavra revogação é tão impropria como a expressão nullidade. Vide n. 1288 e nota. 288 e nota.

² As legislações que applicam o regimen da fallencia aos não commerciantes regulam apenas o exercicio da acção pauliana. As que consideram a fallencia como instituto exclusivamente commercial veem-se obrigadas a crear regras especiaes para o commercio. Esta divergencia, que no dizer de LA GRASSERIE, Introd. auYCode de Com. Hungrois, pag 53, é irracional e funesta, fornece um dos mais solidos argumentos para a equiparação da insolvencia á fallencia (vide n. 20).

³ Na legislação anterior ao nosso codigo já se havia reconhecido a insufficiencia da acção pauliana para tutelar os direitos dos credores nas proximidades da fallencia do devedor. O alvará de 13 de Novembro de 175b, § 19, annullava lodos os contractos feitos com os fallidos dentro de 20 dias de seu fallimento, declarando-se este pela fuga, occultação ou cessão de bens c apresentação dos credores.

219. Synthetizando a doutrina dos arts. 28, 29 e 30, a, do Decr. n, 917, observamos que:

a) A fraude do devedor (*consilium fraudis*), que PAOLO AICARDI chama a *condição ethico-psychotogica da acção pauliana*,¹ deixa de ser luro elemento essencial; muitos actos são considerados nullos de pleno direito, a beneficio da massa, seja ou não intenção do devedor defraudar os credores (art 29, pr.).

A *scientia fraudis* do terceiro adquirente também não é investigada em muitos actos onerosos (art. 29).

c) A revogação dos actos do devedor, em virtude da fallencia, aproveita também aos credores posteriores ao acto annullado: tem na character colectivo, faz crescer o activo da massa e esta é, como se sabe, o conjuncto dos credores.

d) A revogação comprebende também os pagamentos feitos pelo devedor, nos termos do art 29, b.

A lei commercial modificou, como se ve, em pontos substanciaes: a lei civil para construir o instituto da revogação dos actos do devedor na fallencia, mantendo, porém, como requisito indispensavel o *eventus damni*, o *prejudicacium*. O alvo a que se procura chegar em ambas as espheras, civil e commercial, é o mesmo: a regressão ao estado de facto e de direito anterior ao acto annullavel com o fim de evitar o prejuizo dos credores.

292. Quem demoradamente reflectir sobre essa tutela estabelecida em beneficio da massa dos credores, reconhecerá quanta difficuldade teve o legislador a desbastar para, em breves e expressivas formulas, fixar os principios fundamentaes do instituto da revogação dos actos do devedor *in limine decoctionis*.

¹ Revoca, degli atti fraudolenti, ns. 41 e 89.

Verificar o momento em que se manifesta o germen da fallencia, occasionando offensa á egualdade a que têm direito todos os credores, pesar os actos que d'ahi em diante o devedor realisa, achar o critério firme e seguro para invalidar uns e acceitar outros actos, e tudo isso sem perturbar a actividade do commerciante, uma vez que este a exercite de modo profícuo e licito, sem ferir direitos legitimos de terceiros de boa fé e mesmo sem desprezar aquella condição de favor que até á hora da declaração da fallencia merecem os credores mais diligentes e habéis, é' tarefa ingente, da qual só a sabedoria do legislador, illustrada na pratica da vida, pode dar conta.

Longe vae o tempo era qué a antiga eschola estabelecia como regra a irmandade da fraude e da fallencia. *In proximo decoctionis*, escrevia Rocco, *omnia gesta prcesumuntur plena fraudibus*, tendo então se tornado *vulgaris et approbata* a maxima de BALDO: *Fallitus, ergo fraudator*.¹

A concepção moderna da fallencia é muito outra. O commercio não é um mar perfido em que o naufragio deshonre.

293. O Decreto n. 917 satisfaz neste assumpto? Não está no ano deste livro, já dissemos na Introdução, n. 10, a critica deste acto do governo dietatorial; procuramos tão somente expor o systema por elle

¹ CASAREGIS, Disc. leg. de commercio, disc. 209, n. 46 e segs.: "Decoctus omnes doli, fraudis et malitia presumptiones contra se habet; decocti enim ... sicut sunt faciles ad mentiendum, ita in creditorum damnum et fraudem solent colludere, bona intricare, et conturbare; ubi dando, alteri auferendo, et mille alia mala et facinora perpetrando."

STRACCHA, de mercatura, pag. 339: "Falliti pessimum genus hominum." ANSALDO, de commeri, disc. 65, n. 4: "Fallitus semper dolosus presuinitur, donec contrarium probetur."

A antiga jurisprudencia italiana (seculos 17 e 18) tractava com severo rigor os fallidos.

A Rota de Genova havia firmado as maximas seguintes:

"Decocti sunt infames et faciles ad mentiendum."

"Decocti gravantur conjectura fraudis, nisi probent id secutum ex mera fortuna et caso."

A Rota Romana:

... qui proximus est decoctioni cogitat defraudare suos creditares, et praesumitur in omnibus inesse quod omnibus est commune."

adoptado e commentar as disposições consagradas sobre tão importante assumpto.

O Decr. n. 917 buscou, no critério do tempo, poderosa contribuição para a revogação dos actos do devedor que incidisse em fallencia (n. 287), e procurou determinar o colorido específico que estes actos podiam assumir em diversas epochas, segundo as circumstancias e qualidades dos direitos lesados.

Até ahi nada ha que dizer.

Desejando, porém, ser explicito e claro, tornou-se casuistico de mais, faltou-lhe um criterio logico para guial-o no intrincado labyrintho em que se achou. A dificuldade da matéria e a necessidade de acompanhar de perto as nossas instituições e tradições juridicas, levaram-no a mutilar as fontes donde trouxera muitas disposições que constam da Secção III Titulo II. O resultado não podia ser outro senão obscuridade na redacção dos textos, redundancias frequentes e algumas disposições de impossivel applicação pratica.

294. A fonte principal, onde o legislador de 1890 hauriu as disposições comprehendidas na Secção III do Tit. II do Decr. n. 917, foi a lei austriaca de 10 de Março de 1884, que tracta da annullação dos actos relativos aos bens do devedor insolvel.¹

O legislador austriaco, por sua vez, inspirou-se principalmente nas leis do Império Allemão, ou melhor, não fez mais do que as adaptar dando-lhes nova força e modificando certos detalhes.²

¹ Esta lei é uma das mais completas que ha no género. DE LA GRASSERIE, diz que se poderia chamal-a o Codigo da Acção Pauliana (Introd. au Code de Com. Hongrois, pag. 59.)

Na Áustria a fallencia é um instituto commum a commerciantes e a não commerciantes (nota 2, pag. 29), mas a lei de 1884 distingue para o exercicio daquella acção: 1.º o caso de fallencia de um não commerciante; 2.º o de fallencia de um commerciante; 3.º o caso em que não ha fallencia.

² JULES CHALLAMEL, no Annuaire de Legisl. Étrang., 1885, pag. 290.

Com os materiaes existentes no Codigo Commercial de 1850 (arte. 129 § V,¹ 827 e 828), nas leis austriaca de 1884, allemã de 10 de Fevereiro de 1877 (§§ 22 a 34), federal suissa de 11 de Abril 188, nos codigos commerciaes francez (art. 446 a 449), e italiano (art 707 a 712), o legislador brasileiro de 1890 organisou o systema que nos apresenta o Decr. n. 917, art 28 a 35.

295. Para methodisar a exposição da difficil matéria desta Secção tractaremos em artigos separados dos:

- 1.º Actos absolutamente nulos de pleno direito;
- 2.º Actos nulos de pleno direito a beneficio da massa;
- 3.º Actos annullavei8 a beneficio da massa;
- 4.º Efeitos juridicos da invalidade dos, actos;

5.º Meios judiciarios para invalidar, em beneficio da massa, os actos eivados de nullidade de pleno direito ou annullaveis.

ARTIGO I

Actos absolutamente nulos de pleno direito

Summario. — 206. Actos praticados pelo fallido e pagamentos a elle feitos depois do sequestro ou da declaração da fallencia. — 297. Fundamento da nullidade destes actos. — 298. Continuação. — 299. E' absoluta essa nullidade; comminações penaes. — 300. Efeitos da nullidade. — 301.

¹ O Decr. n. 917 revogou implicitamente a disposição do art. 129 § 5 do Cod. Com., terminando assim a grande questão que na doutrina o na jurisprudencia se agitou sobre a sua interpretação. Consulte-so ORLANDO, Cod. Com., notas 197 e 1298.

Pagamento das letras de cambio ou bilhetes a ordem. Critica á disposição do art. 28 § 1 do Decr. n. 917. 302. Critica á disposição do art. 20 § 2 do mesmo Decr.

296. Como consecuencia da perda da administração dos bens, lei fulmina de nullidade:

a) Os actos, quaesquer operações ou pagamentos feitos pelo devedor depois da decretação do sequestro, ou da declaração da fallencia devidamente publicada (n. 171), uma vez que tenham relação directa com a massa ou se refiram aos bens que devam ser arrecadados.

Ahi está implicitamente comprehendida a prohibição de o fallido edificar os direitos e créditos da massa, quer em sua causa e extensão gpr quanto á sua classe e prova, por exemplo, reconhecer uma divida sob qualquer forma, antedatar um escripto, quitar dividas, constituir penhor, renunciar direitos ou acções, etc. Todos estes actos são eivados de nullidade absoluta.

b) Os pagamentos feitos ao proprio fallido depois de publicada a sentença da declaração da fallencia.¹

297. A fallencia traz a incapacidade do fallido para tudo quanto se refere directa ou indirectamente aos interesses, direitos e obrigações da massa (n. 232). Os actos do incapaz são nullos de pleno direito. A lei não fez mais do que adaptar este principio ao thema da fallencia.

Indifferente é que a pratica do acto traga ou não prejuizo, seja ou não fraudulento, pois a ausência da fraude ou a falta de prejuizo não podem tornar capaz uma pessoa incapaz.²

¹ Decr. n. 917, art. 28.

² VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7853; Regul. n. 737, art. 68b § 2. MASSÉ, Le Droit Com., vol. 2, n. 1192: ... les tiers, créanciers ou autres qui.

O sequestro auctorizado pelo art 7." do Decr. n. 917 priva desde llogo o devedor da administração dos bens (n. 149); desde o momento dessa medida começam a correr os efeitos da fallencia.

298. Os pagamentos, quer em dinheiro, quer por outro meio, não podem ser feitos directamente ao fallido, depois de publicada a sentença declaratória da fallencia pelas mesmas razões expostas no n.297 supra.

Aos syndicos compete exclusivamente a cobrança das dividas activas (n. 447). Se o fallido recebe quaesquer quantias provenientes destas dividas está sujeito á prisão administrativa (n. 243).

Não é nullo o pagamento feito ao fallido antes da publicação da sentença, a menos que não se tracte de dividas não vencidas, sendo realizado dentro do termo legal da fallencia (n. 321). Pouco importa que houvesse sequestro dos bens ou que a importancia paga se ache na massa, no todo ou em parte, ou mesmo que o fallido applicasse a quantia recebida em seu proveito particular. O pagamento é valido casos, e não pode ser repetido, desde que seja effectuado *bonâ fide*.

299. A nullidade dos actos, das operações ou dos pagamentos referidos no n. 296 é absoluta; taes actos, operações ou pagamentos são insubsistentes, independentemente de declaração judicial; não têm valor sendo produzidos para qualquer efeito juridico ou official. Logo ai legada a nullidade, e incontinenti provada, o juiz conhece de plano.¹

Ficam assim bem garantidos os interesses da massa dos e para maior reforço a lei faz incorrer nas penas de fallencia salvo a fraude, caso em que serão applicadas as da fraudulenta, o fallido que, depois da declaração da fallencia ou da decretação do sequestro, praticar qualquer daquelles actos, operações ou pagamentos;² e ainda commina as penas

¹ Regul. n. 737, art. 686; RIBAS, Dir. Civil Braz., vol- 2, pag. 425. O art. 28 do Decr. n. 917 afim de significar que a nullidade era absoluta accrescentou as pressões: independentemente de acção de nullidade.

² Decr. n. 917, art. 80, n.l

da fallencia fraudulenta aos terceiros que, depois de publicada a declaração da fallencia, admittirem cessão ou endosso do fallido ou com elle celebrarem algum contracto ou transacção sobre bens, direitos e interesses actualmente a cargo da massa.¹

O Regulamento dos Corretores de Fundos Publicos da praça da Capital Federal commina a pena de suspensão, pelo tempo de 30 dias, e de multa de um conto de reis ao corretor que negociar letras, titulos e quaesquer valores pertencentes a pessoas cujo estado de fallencia, ulteriormente declarado, for notorio na epocha da operação.²

300. Nullos, por força da lei, os actos, as operações e os mentos referidos no n. 296, suppõe-se que nunca existiram: *quod nullum est nullum parit effectum*. Segue-se d'ahi: cada contractante deve voltar á condição em que se achava antes de realisar o acto, operação ou pagamento, e restituir o que recebeu em virtude do acto nullo: *restitutio ita facienda est unusquisque isque integrum jus suum recipat*.³ Se o terceiro pagou o debito ao fallido, tem de pagar de novo á massa: quem paga mal paga duas vexes.

301. Aquelle que receber do fallido algum valor em pagamento deve restituil-o á massa, ficou dito no n. 300 *supra*.

O § 1.º do art 28 do Decr. n. 917 procura exceptuar desta regra bagamentos de letras de cambio ou bilhetes á ordem, isentando o portador de taes titulos da obrigação de restituir o valor recebido quando existem outros obrigados alem do fallido, e isto para que, conforme explica aquella disposição: o portador não perca o seu direito íra estes co-obrigados.

¹ Decr. n. 917, art, 81, n. V.

² Decr. n. 2475 de 13 de Março de 1897, art. 145.

³ L. 24 Dig. 4, 4; L. 10 Dig. 42, 8; L. 38 Dig. 22, 1.

O intuito do legislador foi favorecer a circulação das letras de cambios e bilhetes á ordem, estabelecendo regras identicas ás leis franceza¹ belga,² italiana,³ chilena,⁴ allemi,⁵ suissa,⁶ austriaca,⁷ úngara⁸ e roumaica,⁹ mas esqueceu-se que, do systeraa adoptado por estas

¹ Cod. Com. Francês, art, 449: Dans le cas ou des lettres de change auraient été payées après l'époque fixée comme étant celle de la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, l'action en rapport ne pourra être intentée que contre celui pour compte duquel la lettre de change aura été fournie. S'il agit d'un billet a, ordre, l'action ne pourra être exercée que contre le premier endosseur. Dans l'un et autre cas, la preuve que celui a qui on demande le rapport avait connaissance de la cessaation de paiements à l'époque de l'émission du titre, devra etre fournie.

RENOUARD (Traité de Faillites, vol. 1, pag. 401), historiando a elaboração desse artigo na Camara dos Deputados, escreve: "Nasceu no meio de vivissimos debates que se levantaram relativamente as consequencias da cessação dos pagamentos sobre a sorte dos actos e pagamentos, posteriores & esta cessação. Ergue-se um grito de alarme em favor dos portadores de titulos commerciaes e este grito foi ouvido".

Consultem-se- L. NOUGUIER, Des Lettres de Change, vol. 1., ns. 964 e seguintes que tracta *ex-abundantia* da materia do art. 449 do Cod. Com. Frances; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Drot. Com., vol. 7, na. 399 a 406.

² O Cod. Com. Belga, no art. 499, reproduzia *ipsis verbis* a mesma disposição no art. 499 do Cod. Francez. Consultem-se NAMUR, Le Code de Commerce Belga, vol. 3, ns. 1666 a 1668; HUMBLET, Traité de Faillites, ns. 164 a 167.

³ Cod. Com. Italiano, art. 711: Qualoro dopo la cessazione del pagamenti e prima della sentenza dichiarativa del fallimento siano state pagate cambiali, l'azione per la restituzione del danaro può promuoversi solamente contro l'ultimo obbligato in via di regresso, il quale avesse cognizione della cessazione dei pagamenti ai tempo in cui venne tratta o gira ta la cambiale.

⁴ Cod. Com. do Chile, art. 1375.

⁵ Lei Allemã de 1877, § 27.

⁶ Lei Suissa de 1889, art. 204

⁷ Lei Austriaca de 1884 : Art. 8. Le payement fait par le débiteur d'une lettre de change on d'un billet a ordre ne peut, en vertu de l'article 6, être répété contre celui qui l'a reçu, lorsque celui-ci, d'après le droit cambial, serait exposé a perdre ses droits contre les autres obligés pour n'avoir pas reçu le dit payement.

Art. 22. "Dans le cas de l'article 8, la restitution de la valeur cambiale peur être exigée du demier obligé dans l'ordre des recours, ou du tiers pour compte de qui la valeur a été créée lorsque le dernier obligé ou le tîers avait connaissance, au moment de l'emission du titre, de l'une circonstances énoncées à l'article 6."

Como se ve, as disposições dos §§ 1 e 2 do art. 28 do Decr. n. 917 são traducção mutilada dos art. 8 e 22 da lei austriaca. No art. 6 da lei austriaca, ao qual se refere o art. 8, fala-se de *suspensão de pagamento ou apresentação do requerimento de fallencia, circunstancias estas ás quaes nao allude o Decr. n. 917.*

⁸ Lei Hungara de 1881, art. 30.

⁹ Lei Roumaica de 1895, art. 724.

legislações para caracterisar o estado de fallencia, elle se afastara completamente.

Com effeito:

Essas legislações permitem, a beneficio da massa, a revogação pagamentos feitos pelo devedor antes da publicação da sentença declaratoria da fallencia mas depois da cessação de pagamentos, sendo que algumas, também, nos dez dias precedentes á esta epocha. quando o credor tem conhecimento da cessação de pagamentos;¹ e, para garantir a circulação das letras de cambio e titulos a ellas equiparados para, ao mesmo tempo, tutelar os direitos do terceiro possuidor do titulo, abrem excepção identica á que se ve no § 1.º do art.28 Decr. n. 917.

A razão justificativa da excepção é facil de comprehender-se. Se a invalidade se extendesse ás letras de cambio e titulos a ellas equiparados, annullado o pagamento realizado *no periodo que decorre da cessação de pagamentos á publicação da fallencia*, o terceiro portador do titulo estaria obrigado a restituir á massa a importancia recebida; el poderia mais fazer valer os seus direitos contra os co-obrigados, poj tendo realmente embolsado o valor do titulo não fez o *protesto*, e sem protesto não pode ter acção contra os co-obrigados. Importaria isso numa clamorosa injustiça, tanto mais quanto o portador se pagou no dia do proprio vencimento do titulo; para evital-a é que foi aberta a excepção.²

O systema adoptado pelo Decr. n. 917 é, porém, diverso do daquellas legislações. Este Decr. não considera nullos nem torna

¹ Cod. Com. Italiano, art. 709, 6.º ai.; Cod. Com. Francez, art. 446.

² O Cod. Com. da Republica Argentina segue outro systema, dispondo no art. 1411; Tratándose de letras de cambio, la sentencia que háya condenado al portador á reembolsar lo recibido con noticia de la cesación de pagos, surtirá los efectos de un protesto en forma para recurrir contra el librador y endosantes."

O Dr. SEGOVIA (Explicación y crítica dei nuevo Cod. de Com., vol. 3, nota 4542) commentando este artigo escreve: "Este expediente empirico proposto por MASSÉ importa uma revolução injustificável dos principios que regulam a letra de cambio, precioso e delicado instrumento do commercio."

annullaveis os pagamentos de dividas vencidas, effectuados pelo devedor depois da *cessação de pagamentos* e antes da sentença declaratoria da fallencia, quando o credor conhecia a cessação de pagamentos pois elle não reconheceu como caracteristico da fallencia o facto que a lei franceza e outras denominam cessação de pagamentos; aquelle Decr. architectou um periodo suspeito todo especial, como mostrámos nos ns. 286 e 287.

A que vem, pois, a disposição do § 1.º do art 28?¹

Declarada a fallencia do acceitante de uma letra se o portador, em de leval-a a protesto (art. 390 de Cod. Com.), consegue, com infracção da lei e evidente má fé, receber directamente do fallido o valor do, o pagamento é nullo e aquelle credor não pode deixar de ser obrigado a restituir á massa o que illegalmente recebera. Feita a restituição, não é justificavel que elle venha allegar a posição critica em que ficou collocado para com os outros co-obrigados pelo facto de não ter feito o protesto, pois a culpa fora toda delle. Deixou de cumprir a lei interpondo o protesto quando se tornou publica e conhecida a fallencia do devedor, e obrou com fraude recebendo scientemente de quem lhe não podia pagar.

O fim da disposição do § 1.º do art 28, que não podia ser outro senão proteger a circulação da letra de cambio, ficou frustrado, e extravagante seria que, procurando garantir a boa fé do terceiro portador, o I Decr. n. 917 aninhasse a fraude!

¹ Para se ver quanto differe a disposição do art. 28, § 1 do Decr. n. 917 da contida no art. 449 do Cod. Com. Francez, idêntica ás das leis italiana, chilena, allemã e austriaca, basta attender-se á seguinte passagem de NOUGUIER (Des Lettres de Change, vol. 1, n. 988): "*A fallencia foi declarada por sentença; o sacado (acceitante) da letra de cambio ou o subscriptor do bilhete á ordem, apesar de privado da administração de seus bens, paga ao portador. Nesta hypothese, o portador será fatalmente obrigado a repetir o pagamento; este foi effectuado por um devedor notoriamente incapaz, condição esta legalmente conhecida de todos; o portador não pode invocar a execução do art. 449 que, segundo o seu texto e espirito, estatuo exclusivamente sobre os pagamentos feitos antes da sentença declaratória e no estado de uma simples cessação de pagamentos. A situação é regulada então pelo art. 446 pronunciando uma nullidade de direito absoluta e radical.*"

O Decr. n. 917 fez justamente o contrario: destruiu os principios fundamentaes de direito que elle mesmo incluirá entre as suas disposições, isto é, isentou o portador de repetir o pagamento que recebesse do fallido depois da decretação do sequestro ou da publicação da fallencia, ou por outra, tornou bom um acto eivado de nullidade radical (art. 28, a).

Comprehende-se que o Decr. n. 917 estabelecesse aquella disposição para o caso único em que o pagamento da letra de cambio ou do bilhete á ordem fosse feito depois da decretação do sequestro, mas antes da publicação da sentença declaraoória da fallencia, pois aquella medida não se torna publica e fica quasi sempre ignorada. Para o caso de pagamento realizado pelo fallido depois da publicação da fallencia é cousa que se não pode explicar.

302. O Decr. n. 917, no art. 28 § 2.º, dispõe que a restituição do valor cambial poderá ser exigida do ultimo obrigado na ordem do direito regressivo (art. 422 do Cod. Com.) ou do terceiro por conta de quem o valor foi creado, quando o ultimo obrigado ou esse terceiro, no momento da emissão do titulo, tinha conhecimento de que estava decretado o sequestro ou declarada a fallencia.

Esta disposição é de lamentável infelicidade. Transplantada do art. 22 da lei austriaca de 1884 (nota 7, pag. ,199), foi applicada á uma ordem diversa de factos.

Isentando o portador de restituir o valor que do fallido recebera depois do sequestro ou da declaração da fallencia, procura o Decr.917 um responsavel pela restituição, encontrando na letra de cambio o ultimo obrigado na ordem do direito regressivo, que é o sacador, no bilhete á ordem o terceiro por conta de quem o valor foi creado que é o primeiro endossante.

A responsabilidade destes obrigados, porém, só se tornará effectiva quando, no momento da emissão do titulo, tiverem conhecimento que estava decretado o sequestro ou declarada a fallencia.

E' de impossivel realisação pratica essa responsabilidade. Ninguém vae sacar contra um commerciante, sabendo que os bens deste acham sequestrados ou a sua fallencia declarada.

Accresce que o proprio Decr. n. 917 considera nullo de pleno direito qualquer acto ou operação feita pelo devedor depois do sequestro ou da declaração da fallencia. O acceite do fallido seria nullo de pleno direito e não podia produzir efeitos validos como suppõe o art. 28 § 2.º

Mutatis mutandis se poderá dizer do bilhete á ordem.

Se a lei houvesse admittido a cessação de pagamentos como caracteristico da fallencia (systema do Cod. Com., art 797), e libertasse o portador da letra de cambio ou bilhete á ordem de restituir a importancia que recebesse do devedor depois daquelle facto, mas antes da publicação da fallencia, seria então razoavel a disposição do art 28 § 2º. O pagamento indevidamente feito, mas considerado valido por altas considerações mercantis (n. 301), vinha incontestavelmente minguar o activo da massa, e como o sacador na letra de cambio e o primeiro endossante no bilhete á ordem são os únicos que afinal aproveitaria com aquelle pagamento, nada mais justo do que os obrigar á restituição.

Não é este, porém, o resultado a que chega a disposição do art.1 28 § 2.º

ARTIGO II

Actos nullos de pleno direito a beneficio da massa.

Summario. — 803. Actos nullos de pleno direito praticados pelo devedor antes da declaração da fallencia. — 804. A nullidade a beneficio da massa, sua comprehensão e efeitos. — 805. Diferença entre a nullidade do art. 28 e a do art. 29 do Decr. n. 917. - 806. A nullidade do art. 29 deve ser declarada por meio de acção. — 307. Actos

oriundos de sentença executória ou consequentes de medida assecutoria. -
308. Razão de ordem.

303. Diversos actos, praticados, em diferentes epochas, pelo devedor, quando ainda no pleno gozo da sua capacidade jurídica, assumem, com a superveniência da fallencia, um colorido específico, levantando-se contra elles a presumpção senão de fraude, ao menos de infracção á lei de egualdade entre os credores e a de desvio ou enfraquecimento do penhor commum. A fallencia ensombra estes actos, atacando-os em seu vigor e energia, e retirando-lhes a efficacia jurídica relativamente á massa.

O Decr. n. 917, no art 29, enumera taxativamente todos os actos nessas condições, fulminando-os com a nullidade de pleno direito.

Aquella presumpção é, pois, *juris et de jure*, isto é, faz prova do facto presumido, excluindo qualquer outra prova em contrario.¹

Pouco importa que no momento de realizar o acto o contractante tivesse ou não conhecimento do estado do devedor, ou que fosse ou não intenção deste defraudar os credores; a lei manda attender á natureza e á data do acto e não á sua causa, aos seus motivos, ao estado economico e intenção das partes por occasião de celebral-o.

Nesse assumpto, tractando-se de uma enumeração limitativa feita pela lei, a missão do juiz é muito simples; todo o trabalho consiste em verificar se o acto, sujeito á sua apreciação, fora ou não expressamente condemnado.

¹ Presumpção *juris* porque é estabelecida pela lei; *de jure*, porque por meio della a lei firma um direito que considera verdade absoluta. Essa é a presumpção *legal absoluta* definida no art. 185 do Regul. n. 737.

304. Esses actos que o Decr. n. 917 enumera no art 29, e que constituem o assumpto do presente Artigo, são considerados nulos de pleno direito, mas somente a *beneficio da massa*.

Quer dizer isso que esta nullidade só aproveita á massa e não ao fallido, o qual fica pessoalmente sujeito a cumprir as obrigações que livremente assumiu e até mesmo a responder por perdas e danos para com terceiros de boa fé. A massa, assumindo o papel de terceiro no uso de uma prerogativa própria (n. 284), é a única que gosa a faculdade de pedir que taes actos lhe não sejam oppostos se não ha vantagem em mantel-os. Conclue-se dahi:

a) Que em cada um dos casos definidos no art 29 do Decr. n.917. o acto não fica insubsistente *in totum*.¹

A massa pode tão somente obter a *isenção* dos effeitos do *acto valido em si* (ns. 284 e 288).

b) Que os co-obrigados com o fallido ou seus fiadores não se podem aproveitar desta invalidade do acto á face da massa.

305. Contrariamente ao que succede com a nullidade dos actos praticados pelo fallido depois da declaração da fallencia ou da decretação do sequestro (dos quaes se occupa o Decr. n. 917, no art. 28), que é *absoluta erga omnes* (n. 299), a estabelecida pelo art. 29 é relativa, instituida somente a respeito da massa dos credores e em seu beneficio. Já não se tracta de uma incapacidade com que o fallido ó attingido, mas da impossibilidade legal de praticar um acto que possa prejudicar a massa.²

¹ O acto é nullo para com a massa, mas continua válido para com o fallido. Identica norma estabelece a lei relativamente á fluencia de juros das dividas passivas. Taes juros não correm contra a massa se esta não chega para pagamento do principal (art. 24 do Decr. n. 917), mas correm contra o fallido, e este somente, se rehabilita quando prova ter pago a seus credores principal e juros (art. 86, verbifl: "... obtida dos credores a quitação plena... Vide n. 288.

² LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7, n. 317.

Ainda outra notável differença se observa entre a nullidade estabelecida pelo art. 28 do Decr. n. 917 e a de que tracta o art 29. Aquella não depende de acção, o juiz deve pronuncial-a *ex-officio*; os actos eivados de tal nullidade não têm valor sendo produzidos para qualquer effeito juridico ou official (n. 299). A nullidade do art. 29 só apparece depois de judicialmente declarada por meio de acção; os actos della eivados produzem todos os seus effeitos até ao momento da sentença que os annullar.

306. Ha quem pense que a nullidade a que se refere o art 29 do Decr. n. 917, sendo de pleno direito, deve ser decretada promptamente pelo juiz independentemente de acção.¹

A grande confusão está no attribuir ás *nullidades de pleno direito actos praticados pelo devedor no periodo suspeito da fallencia* o mesmo conceito das *nullidades de pleno direito dos contractos no direito commun*, nullidades estas definidas no art. 684 § 1.º do Regul. n. 737.

¹ Sustentando essa these (a decretação de nullidade independente de acção) publicou o Dr. REINALDO PORCHAT (da Faculdade de Direito de S. Paulo) um bello, mas não convincente trabalho na Rev. de Jurisp. do Inst. Dos Advog. de S. Paulo, vol. 5, pag. 59. O Tribunal de Justiça de S. Paulo em Ac. de 18 de Maio de 1898 (aggravante a massa fallida de S. A. Bataillard e aggravados A. P. de Castro & Cia. 1 disse: ... embora sejam nulos de pleno direito os pagamenots de dividas não vencidas, feitos dentro do termo legal da fallencia.... nos termos da letra b do cit. art. 29; e essa nullidade independa de acção, como demonstraram os syndioos na minuta de aggravamento e se conclue do confronto dos arts. 28 e 29 com o art. 30, sendo somente os actos mencionados no ultimo annullaveis, mediante o processo do art. 35... Revista Mensal, vol. 8, pag. 529. E erronea a doutrina do Tribunal, e acreditamos que melhor reflectindo entrará em bom caminho.

A unica razão do accordam é de notavel debilidade. Não resiste á critica.

O Dr. PEDRO LESSA (da Faculdade de Direito de S. Paulo), advogado dos aggravados num bem elaborado memorial sobre a questão sustentou com vantagem a verdadeira doutrina.

"A própria letra da lei, escreveu este illustrado professor, a comparação das expressões usadas pelo legislador no art. 28 com as que elle emprega no art. 29, mostra-nos logo uma differença notável entre os dois preceitos. No art. 28 estatuiu-se que "são nulos de pleno direito independentemente de acção de nullidade os actos ahi enumerados. No art. 29 a disposição já é outra: "consideram-se nulos de pleno direito, mas somente a beneficio da massa" etc, etc. No segundo destes artigos o legislador não usou da expressão, independentemente de acção de nullidade, o que bem revela que nesta segunda hypothese é necessário intentar a acção competente." Vide nota 1, pag. 198.

Tracta-se de actos validos em si, mas que por circumstancias excepcionaes, que temos exposto, a massa tem a *faculdade de manter* ou *e isentar-se dos sem efeitos*, conforme o *beneficio* ou *prejuizo* que delles decorra. Só por uma impropriedade de linguagem se dizem nullos os actos enumerados no art. 29 do Decr. n. 917 (n. 288).

E' portanto essencial que a massa prove o beneficio que tem na invalidade do acto. Não basta simplesmente allegar; e nem ao juiz cabe *ex-officio* declarar esta invalidade, instituida exclusivamente para a massa manter em sua pureza o grande principio da *par conditio creditorum*. Só a massa pode avaliar a vantagem, o beneficio, que a invalidade do acto lhe traz. Muitas vezes o acto é vantajoso á massa, e não seria, nesse caso, um absurdo a declaração *ex-officio* da sua nullidade?

Accresce que podem haver duvidas sobre a natureza do acto. A massa entender que se tracta por ex: de um acto a titulo gratuito, ou de um pagamento de divida não vencida; o terceiro sustentar ser a titulo oneroso, ou que se não deu o pagamento antecipado. Como decidir essas duvidas senão por meio da competente acção?

Ainda: como regular a restituição dos fructos, sem verificar por meio de acção regular a má fé, connivencia ou fraude do terceiro, factos estes a que allude o art 34 do Decr. n. 917? Vide n. 365.

O art. 29 do Decr. n. 917, dizendo que a nullidade é de pleno direito, não quiz significar que ella seja declarada de pleno direito, independente de acção de nullidade, mas que o juiz não tem livre apreciação nesse assumpto. Logo que a nullidade é invocada, por meio da competente acção, provado que se tracta de qualquer dos factos taxativamente estabelecidos na lei, deve ser declarada por sentença.¹

¹ E' essa também a solução do direito francez. TALWDB, Droit Com.,\ n. 1067: "... la mûlité est obligatoire, elle a lieu de droit. Cela ne prouve] pas que l'custe soit inexistant, la nullite est toujours judioiaire. Nul de droit si-J gníne que 1'opération tombera sane

A acção é indispensavel, e para tornal-a praticamente efficaz o Decr.' n, 917, no art 35 § 1.º, applicou-lhe o rito summario.

307. Subsiste a nullidade *pleno jure*, a beneficio da massa, nos casos do art. 29 do Decr. n. 917, quando mesmo para a celebração do acto tenha precedido sentença executoria, ou seja elle consequencia de medida assecuratoria para garantia da divida ou seu pagamento.¹

Nestas condições, o acto não escapa á presumpção *juris et de jure*, de que falámos no n. 303. Para a lei é indifferente a forma com que o acto se revista; ella encara-o era si e era suas consequencias. A sentença judicial, que auctorisou o acto, podia ser o fructo de uma renuncia de direito por parte de devedor ou mesmo de conluio entre as partes litigantes para prejudicar credores.²

Como consequencia: annullado o acto, fica de pleno direito rescindida a sentença que o motivou e a consequente execução.³

308. O Decr. n. 917 enumera, no art 29, todos os actos nullos de pleno direito a beneficio da massa, separando-os em seis grupos, cada um dos quaes exige demorado e acurado estudo, dando material para os paragraphos que se seguem.

égard aux circonstauees de fait". Cònsul-1 tem se LYON-CAEN & BENAOLT Traité de Droit Com., vol. 7, n. 317.

E' também a do direito belga (HUMBLET, Iraité des Faillites, n. 108), do suisso (Lei de 1889, art. 285), e do austríaco (Lei de 1884), que serviu dei fonte próxima ao Decr. n. 917.

¹ Decr. n. 917, art. 29 § 2. H Este art. 29, § 2, reproduz a disposição do art. 12 da lei austríaca de 1884 que por sua vez se inspirou no § 28 da Lei Allemã de 1877.

² E' essa a doutrina do direito civil. COBBBA TELLES, Doutrina das AeA ções, ed. de Coimbra, § 109: "Os credores podem também usar d'esta acção; (pauliana) para fazerem revogar a sentença contra elle (devedor) obtida, por que fraudulentamente se não defendeu."

³ Decr. n. 917, art. 29 § 3.

§ 1º

Actos a titulo gratuito

Summario. - 309. Actos ã titulo gratuito no Cod. Com. e no Decr. n. 917. — 810. Motivos justificativos da nullidade destes actos. — 811. Seu conceito. — 312. Sua latitude. — 313. Actos mistos, seu conceito juridico. — 314. Periodo suspeito dos actos gratuitos. — 315. Actos gratuitos que não são invalidados. — 316. As hypothecas, antichreses e fianças constituídas pelo fallido em garantida de obrigações de terceiro são actos gratuitos? — 817. E o abono nas letras de cambio e de terra? — 318. Actos de natureza aleatória. — 319. Dotes constituídos pelo commerciante a sua filha. — 320. Dotes constituídos pelo commerciante a sua mulher no pacto antenupcial.

309. O Codigo Commercial (art. 827, n. I) considerava nullas, a beneficio da massa somente, as doações por titulo gratuito feitas pelo fallido depois do ultimo balanço sempre que delle constasse que o seu activo era naquella epocha inferior ao seu passivo.

Esta disposição, que o legislador de 1850 fora buscar no antigo Codigo Commercial Hespanhol de 1829, art 1039, n. I, não mereceu Acolhimento por parte do legislador de 1890, que preferiu inspirar-se nas idéas da Lei Austriaca de 1884,¹ declarando nullos de

¹ Lei Austriaca de 1884, art. 2: <Sont annulables: I.º...Art. 3: 2º

Les actes suivants passés durant l'année qui a précédé l'ouverture de la faillite: a) Toutes dispositions à titre gratuit, faites par le failli, de biens lui appartenant, à moins qu'il n'y

pleno direito, mas somente a beneficio da massa, todos os actos e alienações a titulo gratuito, desde dois annos antes do termo legal da fallencia, façam ou não parte de contractos onerosos (art. 29, a, do Decr. n. 917).

310. Os actos a titulo gratuito não podiam deixar de ser invalidados, pois desfalcam o património do devedor, garantia *commum* dos credores, favorecendo terceiros que nunca experimentaram os riscos da boa ou má posição do devedor.

Nemo liberalis, nisi liberatus. Quem deve, quem se acha com os bens comprometidos, quem os adquiriu á custa do credito que pode conseguir, não tem o direito de dispor delles gratuitamente tornando precaria a sua situação economica.

Seria a maior das injustiças collocar acima dos interesses dos legitimos credores os de terceiros, ainda de boa fé, que tenham recebido do fallido qualquer cousa a titulo de liberalidade. Com a invalidade do acto a titulo gratuito, ficariam estes terceiros privados somente de um ganho, enquanto que aquelles, os credores, mantido o acto, viriam a soffrer um prejuízo.

311. O Decr. n. 917 invalida os actos e alienações a titula gratuito.

No termo *actos* já se acha comprehendida a idéa manifestada na palavra *alienações*.¹

fut tenu par la loi ou quil ne sagit de presente d'usage de valeur relativement modique. La nullité frappe également les contratats mi-gratuits et onéreux, pour tout ce qui est gratuit."

¹ *Alienação* (do latim *alienare, alienum facere*) no sentido restricto diz-se o negocio juridico em virtude do qual uma pessoa transfere a outra um direito que lhe pertence. No sentido amplo compreende todo o acto que traz a perda de um direito, embora não contenha a intenção de transferil-o a outra pessoa. Ainda em um sentido amplissimo se diz alienação todo o acto voluntário que produz a perda de um direito, sendo o motivo ou causa desta perda outra cousa que não a declaração da vontade de quem o perde. Neste

Os juristas dão o nome de titulo á causa em virtude da qual se possui ou se pede alguma coisa, e neste sentido diz-se adquirida ou dada a titulo gratuito quando nada custa a quem a adquire e nada recebe como equivalente quem a dá.

Ao contrario, diz-se dada ou adquirida a titulo oneroso, quando quem a dá recebe de quem a adquire o preço ou em dinheiro, ou com encargo de obrigações correspondentes ao valor da dita coisa.

Entre os actos a titulo gratuito notam-se antes de tudo as doações, que formam o typo, as remissões ou perdões de dividas (*pactum remissorium, seu de non petendo*), a *renuncia gratuita* tacita ou expressa de qualquer direito que não seja inherente á pessoa do fallido ou extranho á fallencia etc, etc.

312. A expressão todos os actos e alienações a titulo gratuito, empregada pela lei, deixa fora de duvida ser indifferente que estes actos, tenham por objecto bens moveis ou immoveis, direitos e acções.

313. E nem importa que os referidos actos façam parte de contractos onerosos. Quando um contracto é em parte oneroso e em parte gratuito diz-se ser *negotium mixtum cum donatione*.¹

Para que o acto se possa considerar *negotium mixtum*, produzindo effeito em parte gratuito e em parte oneroso, não basta attender unicamente ao simples facto da desproporção, ainda que notável,

sentido as fontes romanas servem-se da palavra alienação para designar uma omissão que tem por effeito a perda de um direito. Basta citarmos a lei 28 pr. Dig. 50, 16: *Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes* WINDSCHEID, Pandekten, vol. I, § 69.

Em materia de prohibição, a palavra alienação deve ser tomada no seu; mais amplo sentido, significando não só a transferencia da propriedade em seu todo, como qualquer desmembramento della, tal como a constituição de um jus in re, e particularmente de uma servidão ou de uma hypotheca. MAYNZ, Droit Romain, vol. 1, § 123.

¹ L. 18, pr. Dig. 34, 5; SAVIGNY, Syst. de Droit Rom., § CLIV, nota a.

entre o quanto se dá e o quanto se recebe, pois não é possível levar o rigor ao ponto de violar o direito de cada qual contractar nas condições mais vantajosas que puder, salvo naturalmente os casos de *lesão enorme*, aliás não attendidos no commercio *ex-vi* do art. 220 do Código. Para caracterisar o negotium mixtum é preciso também verificar se a intenção das partes foi a de praticar um acto de liberalidade pelo excesso animus donandi.¹ Exemplos de negotia mixta: a permuta de um objecto de grande valor por outro de menor valor com a intenção de uma das partes enriquecer-se com a diferença;² a venda de um objecto, que vale por ex: 500 por 300, tendo-se em vista enriquecer o comprador,³ etc.

A intenção de doar precisa ser bem verificada nestes *negotia mixta*, e o juiz tem grande arbítrio na apreciação das circunstancias de facto, que lhe servirão para mostrar qual dos dois elementos prevalece, e resolver se o acto deve ser considerado oneroso ou gratuito.⁴

314. Para os actos a titulo gratuito estabelece a lei o periodo suspeito de dois annos.⁵

¹ BELLAVITE, L'aziione pauliana nel Dir. Rom., pag. 45, nota 1; SAVING, Systm. de Droit Rom., § CLIV.

² SAVIGNY, Syst. de Droit Rom., § CLIV.

³ SAVIGNY, Syst. de Droit Rom., § CLIV. Esse caso, escreve o grande romanista, differe essencialmente da venda simulada, destinada unicamente a fingir uma doação, como por ex.: quando se estipula que o prego nunca será pago, ou quando é tão diminuto que seriamente não pode ser considerado como tal.

⁴ Quando se tracta de verificar a gratuidade ou a onerosidade do acto, a investigação do magistrado não se deve, limitar á apparencia do acto, mas a apreciar a substancia, pois muitas vezes a gratuidade oculta-se debaixo de normas enganosas. CAVO, La Cessazione dei Pagamenti, pag. 113.

A Lei Federal Suissa de 1889 dispõe no art. 286, 2.ª parte: "Sont assimilés aux donations: 1.º les actes par lesquels le débiteur a accepté un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation; 2º les actes en vertu desquels le débiteur a constitué en sa faveur ou en faveur d'un tiers une rente viagère ou un usufruit."

O Cod. Com. Belga, no art. 445, equipara aos actos a titulo gratuito: les actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour.

⁵ Decr. n. 917, art. 29, a.

Como as leis prussiana e húngara.¹ O Decre 917 levou longe o rigor, attendendo talvez a que os actos gratuitos não são actos ordinários do commercio, nem correspondem a uma necessidade economico-social.²

315. Não se acham comprehendidos na disposição do art 29, do Decr. n. 917, isto é, não são invalidados era beneficio da massa dos credores:

1.º Os actos a titulo gratuito que não trouxerem desfalque ou diminuição nos bens que devam ser arrecadados para a massa, isto é, aquelles actos que não deslocarem, do patrimonio do fallido para o de outra pessoa, uma vantagem que aumente a fortuna desta pessoa na proporção em que fez decrescer a do fallido. Por exemplo: a gestão gratuita de negocios de outrem por parte do fallido, caso em que este exerce um direito exclusivamente inherente á sua pessoa.³

2.º Os realizados em obediência á lei.⁴

3.º Os que se referirem a objectos de valor até 360\$000.⁵

4.º Os que forem praticados no interesse do exercicio do commercio do devedor.

¹ O A Lei Prussiana de 9 de Maio de 1855, § 5, e a lei Húngara de 1881, I no art. 28 § 1, estabelecem o prazo de dois annos. O Cod. Com. Italiano, a epocha da cessação de pagamentos (art. 707); o Francez, dez dias antes daí; epocha da cessação de pagamentos (art. 446); o Chileno, o mesmo que o Francez (art. 1373); as Leis Allemã de 1877, (§ 25), e Austríaca de 1884 (art. 3), o ultimo anno antes da abertura do concurso; a lei Federal Suissa de 1889, : seis mezes antes da fallencia (art. 286).

² TEIXEIRA DE FBEITAS, Consol. das Leis Civis, art. 411 nota 1: "Todas, as doações não são actos de commercio, porque o character commercial dos contractos vem da especulação, da intenção de obter lucro ou ganho pecuniário".

³ SACECERDOTI, Dir. dei cred. per gli atti comp. dal fallito, pag. 56; VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7861.

—A administração gratuita dos negocios de outrem não constitue uma doação, por maior que seja a vantagem que resulte para o mandante. Assim também o deposito ou guarda gratuita de bens alheios. SAVIGNY, Syst. De Droit Rom., § CXLV.

⁴ Decr. n. 917, art. 29, a.

⁵ Taes gratificações são lançadas em uma conta especial de gratificações a qual, no balanço, é encerrada pela conta de lucros e perdas.

Taes são:

a) As gratificações a empregados, alem de seus ordenados, uso hoje geral no commercio. Representam uma justa remuneração de serviços, e está no interesse do negociante distribuil-as annualmente por ocasião do balanço geral; servem de estímulo ao cumprimento de deveres, fazendo o empregado participante do bom resultado da casa.

b) Os donativos mais ou menos valiosos, que certa classe de negociantes faz a seus freguezes ou áquelles que concorrem para augmento da freguezia.¹ Os negociantes de seccos e molhados costumam, pelas cestas do natal, brindar os freguezes; o pharmaceutico de ordinário presentêa o medico que figura na primeira linha do seu balanço. Estas doações (consideradas também por muitos como dons manuaes), quando mesmo excedam á taxa de 360000, não podem ser invalidadas.

316. As hypothecas, penhores, antichreses ou fianças dadas pelo commerciante em garantia de obrigações de terceiro estão comprehendas no art. 29, a, ou por outra, taes actos devem se considerar gratuitos?

E' questão debatida e de difficil solução, muito especialmente quando se tracta de uma firma social fallida, que serve de fiadora ou que hypotheca os seus bens em garantia de divida de terceiro, sem auferir deste lacto o menor lucro ou interesse.

O commerciante sob firma individual pode dispor livremente de seus bens, pois não tem um patrimonio particular distincto do

¹ Ve-se assim que a simples doação na sua essencia juridica nem sempre é repugnante ao commercio. Por isso que, pondera MANARA (Gli Atti di Commercio, n. 53), doação, no verdadeiro sentido juridico, não é o dar inspirado pelo sublime sentimento da caridade para com o proximo ou movido pelo puro espirito da benevolencia e da liberalidade; mas é simplesmente o dar nullo jure cogente...Ora, é evidente que um commerciante tanto pode dar nullo jure cogente com o puro intento de beneficiar o próximo, ou para fins multiplos e variados, que nenhuma relação tem com o exercicio da sua profissão mercantil, como pode também dar, sem que ninguém possa juridicamente obrigar-o a fazer essa doação, com um fim meramente commercial e no interesse exclusivo e directo do seu exercicio.

commercial; mas, uma sociedade mercantil é instituida com o fim especial de commerciar, especular, isto é, tem como objectivo o ganho, o lucro.¹ Entendem uns que áquelles actos não são gratuitos porque o terceiro, acceitando a hypotheca ou a fiança prestada pelo fallido quando ainda no goso pleno da administração de seus bens, não se enriquece, não lucra com isso, e é um dos caracteres essenciaes dos actos gratuitos o enriquecimento do terceiro.²

Pensam outros de modo contrario, dizendo:

1.º Que áquelles actos podem trazer diminuição do patrimonio do fallido, desde que o terceiro por este garantido não pague a divida e venha a pagar aquelle ou a massa por elle, pouco importando que o acto a titulo gratuito enriqueça o credor garantido, pois basta simplesmente que por causa deste acto o patrimonío do fallido soffra prejuizo.³

2.º Que o commerciante sob firma individual, e, muito especialmente, uma sociedade mercantil não podem distrahir bens, que servem de garantia comraura aos seus credores, para graval-os com onus em beneficio de terceiro, sem que tirem disso o menor proveito. O fim do commercio é especular e não fazer liberalidades ou favores a quem quer que seja.

3.º Que importando aquelles actos verdadeira liberalidade, os credores por titulos taes são expressamente afastados da fallencia do devedor commum, nos termos do art. 71, c, do Decr. n. 917.

A opinião mais seguida é a primeira acima exposta. A maioria dos escriptores entende que as garantias prestadas a favor de terceiro são actos a titulo oneroso, e somente podem ser annulladas quando se der

¹ Cod. Com., arts. 302, n. IV e 333; THOL, Trattato di Diritto Com., trad. MARGHEIRI, VOL. 1 § 81.

² SACERDOTI, Dir. dei cred. per gli atti comp. dal fallito, pag. 56.

³ VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7860.

fraude por parte do fallido *quoniam magis detrimentum non patitur quam lucrum faciat*.¹

317. *Quid* do abono nas letras de cambio e de terra? Eis um caso julgado pelos tribunaes do Estado de S. Paulo.

L. T. acceitou diversas letras sacadas por Z. B. & C., e a firma social L. T. & C. (da qual L. T. fazia parte como socio solidario e gerente) assignou como abonadora.

Declarada a fallencia de L. T. & C., foram Z. B. & C. excluidos da massa, sob o fundamento de serem credores por titulo de liberalidade (art 71, c, do Decr. n. 917), visto ter sido um acto gratuito o abono prestado pelo fallido. Não se conformando com esta situação, Z. B. & C. propuzeram acção decendiaria contra a massa de L. T. & C..

O juiz da 2.º vara de Santos, por onde correu a causa, julgou-a procedente e o Tribunal de Justiça por Ac. de 5 de Setembro de 1896 confirmou a sentença de 1.º instancia, dizendo: “Nos termos do art-422 do Cod. Com. L. T e L. T. & C.a são solidariamente garantes e obrigados ao pagamento das letras ajuizadas, o primeiro como acceitante, e os segundos como abonadores das mesmas, não se podendo considerar o abono, que é a caução fornecida para facilitar a transacção da letra, como acto gratuito, e como tal incidindo na nuliidade de pleno direito do art. 29, a, do Decr. n. 917, de 24 de Outubro de 1890, por isso que o abono de uma letra constitue sempre um acto de commercio, embora dado sem fito de especulação, ficando o abonador, assim sujeito á disposição do art. 422 que o toma co-réo *debendi*, com responsabilidade perfeitamente igual á do acceitante; sendo certo que attenta á missão da letra e especialidade de principios que a regem se acha ella incluída entre os actos e alienações a titulo gratuito que tracta o mencionado art. 29, a, do

¹ GIOEGI, Obbligazioni, vol. 2, n. 305: “E' atto a titolo oneroso, perche il garantito certat non de lucro captando, ma *de dammo vitando*”. Consultem-se AUBRY á RAU, Droit Civil Freçais, vol. 4, § 313” pag. 140.

Decr. n. 917. Tanto mais quanto o aval jamais é acto gratuito em relação ao credor que é terceiro e nada tem que ver com os motivos pelos quaes foi elle dado.

Embargada essa decisão, o Tribunal pleno confirmou-a ainda pelo accordam unanime de 30 de Janeiro de 1897: "O abono intervem ordinariamente por favor, mas em matéria de letras quanto aos co-obrigados não se pode dizer que haja um favor (BOISTEL, pag 37). O abono gratuito ou interessado nas letras obriga a quem o firma como se fora principal pagador, é caso de expressa solidariedade e nem preciso é previa excussão do acceitante da letra á vista do art. 422 do Cod. Com., podendo o credor accionar todos ou qualquer dos garantes da letra, tendo o aval nas letras effeitos mais extensos que o simples abono e nas letras a commercialidade do acto vem da vontade da lei, podendo existir mesmo quando não haja especulação (LYON-CAEN & RENAULT, vol. 1, pag. 162) e não podendo ser equiparado o abono á doação para que se possa fazer applicação da disposição do art. 29, a, do Decr. n. 917, nem equiparado a acto gratuito por envolver nas letras obrigação real solidaria e onerosa".¹

318. Os actos de natureza aleatoria são incontestavelmente a titulo oneroso, mas podem trazer vantagem ao terceiro e prejuizo ao patrimonio do devedor que constitue a garantia commum de seus credores. Estarão taes actos comprehendidos no espirito da disposição do art. 29, o, do Decr. n. 917?

Parece-nos que solve a duvida o que ensina GIORGI sobre taes actos a proposito da acção revocatoria ou pauliana: deve-se avaliar a probabilidade do successo desfavorável e a importancia ou valor dos ónus, que neste successo o terceiro adquirente tem de supportar e desde que não correspondam ao beneficio que resulta do acto, este se considera

¹ Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 13, pag. 150 a 162.

titulo gratuito. A questão é toda de facto e depende, em grande parte, do prudente arbitrio do juiz.¹

319. O dote constituído pelo commerciante á filha, que se casa, é acto a titulo gratuito, e nullo de pleno direito nos termos do art 29, do Decr. n. 917?

Na quasi unanimidade os nossos civilistas consideram o dote como acto de natureza gratuito, e vão até a negar ao dotador a obrigação pela evicção, no caso de ser o seu objecto reivindicado do marido por terceiro que sobre o dito objecto tenha direito real.²

Quando mesmo se veja no dote não uma simples liberalidade, mas uma doação com encargo,³ parece elle estar comprehendido na disposição do referido art. 29, a, verbis: *"façam ou não parte de contractos onerosos"*.

Tambem está acceito era nosso direito civil que o objecto do dote pode ser vendido para pagamento de dividas do dotador, anteriores á constituição do dote, não possuindo elle outros bens, ainda mesmo estando o marido em boa fé.⁴ Como negar que possa ser o contracto dotal, celebrado no período suspeito, invalidado no caso de fallencia do dotador?

O argumento mais sério que em contrario se apresenta é o da irrevogabilidade dos pactos antenupciaes. NAMUR responde victorisamente á objecção: não se tracta de alterar as convenções matrimoniaes mas somente de saber se uma doação feita por contracto

¹ GIORGI, Obbligazioni. vol. 2, n. 307.

² O LAFAYETTE, Dir. de Fam., § 81; COELHO DA ROCHA, Dir. Civil, § 271 B. CABNEIRO, Dir. Civil, vol. 2 § 144, n. 19.

³ Tal é a opinião de CLÓVIS, Dir. da Fam., § 48.

⁴ LAFAYETTE, Dir. de Fam., § 83 in-fine, e nota 3; COELHO DA ROCHA, Dir. Civil, vol. 1 § 274.

nupcial está exceptuada da regra que, no interesse da massa credora, annulla os actos a titulo gratuito. Devemos repetir: a lei não distingue, e a boa fé oppõe-se a que o penhor dos credores sirva para dotar as filhas de um fallido.¹

Na vigencia da disposição dos arts. 827 § 1.º e 828 do Cod. resolveu a questão o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em conferencia de 8 de Outubro de 1863 no sentido que acabamos de expor², e no direito estrangeiro é assumpto de grande controversia.³

¹ Le Code de Com. Belge, vol. 3, n. 1647.

² Rev. do Inst. da Ora. dos Adv. Brax.il, de 1863, pag. 117.

³ Os civilistas tractam desta questão a propósito do exercicio da acção pauliana, apresentando os escriptores francezes, italianos e belgas quatro systemas:

1.º systema: a constituição do dote é acto lucrativo a titulo gratuito tanto " respeito do marido como da mulher (CAPMAS, Revoc. des actes faits par le debiteur, n. 49; MAIERINI, Della revoca degli atti fraudolenti, n. 73; PANDECT. BELG., verb. Action, n. 27).

2.º systema: a constituição do dote é acto a titulo oneroso tanto a respeito do marido como da mulher (BÉDARRIDE, Du Dol et de la faute, TOI. 4, n. 1470 e segs.; NAQUET, Etudés sur l'act. paul., pag. 155).

3.º systema: a constituição do dote é acto a titulo oneroso relativamente ao marido e a titulo gratuito relativamente á mulher (TROPLONG, Mariage, vol. 1, n. 131; LAROMBIERE, Oblig., vol. 1, art. 1167. n. 34; CHARDON, Du dol et de la faute, pag. 238; aubry et ray, Droit Civil, vol. 4, § 313, notas 25, 26, 27; GIORGI, Obblig., vol. 2, n. 299; RICCI, Cors. di Diritto Cieile, vol. 6, na. 16 e 242; MAZZONI, Dir. Civile, vol. 3, n. 182).

4.º systema: a constituição do dote é acto a titulo gratuito relativamente á mulher, sendo inútil a indagação da natureza do dote relativamente ao mando, pois este como cessionário de direitos revogáveis, se vem a ser annullado o dote relativamente á mulher, perde os por sua vez em virtude do principio — resolutio juris dantis resolvitur jus accipientis (LAURENT, Principes de Droit Civ., vol. 16, n. 452).

O 3.º systema era o que prevalecia no Direito Romano, como se pode ver na L. 9, § 1; L. 33; L. 44, § 1, Dig. 28, 3; L. 19, Dig. 44, 7; L. 25, § 1 e 2, Dig. 42, 8 e em CAJACIO, Opera, VI, 1371; ARNDTS-SERAFINI, Pandette, II n, § 228, nota 16; BEILAVITE, L'axione pauliana nel Dir. rom., pag. 23. Entre os commercialistas reina a mesma divergencia.

Pensam uns que o contracto dotal é absolutamente gratuito e como tal nullo a beneficio da massa quando celebrado depois da cessação de pagamentos (VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7864; CALAMANDREI, Del fall., n. 186; CUZZERI, & Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 7, n. 201; CAVO, obr. cif., pag. 117; LYON CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 326; NAMOUR, Le Code Com. vSelge, vol. 3, n. 1647; OBARRIO, Las Quiebras, n. 125). Pensam outros que o dito contracto é oneroso ao menos para o marido e por isso não pode ser annullado senão provada a sua má fé (MASI, Del fallimento, vol. 1, pag. 367; ALAUZET, Droit Com., n. 2500; RENOUEAU, Traité des Failites, vol. 1, pag. 367).

320. Quid do dote constituído pelo commerciante á sua noiva pacto antenupcial?

Estes dotes têm um caracter juidico especial e fundam-se na liberdade que a Ord. Liv. 4 tit. 46 dá aos esposos para regularem o modo de administrar e dispor de seus bens durante o casamento. Esses dotes são verdadeiras doações antenupciaes¹ expressamente reconhecidas em nossas leis fiscaes e por ellas favorecidas.² O Decr. n. 917, no art. 68, j, n. V, a ellas refere-se.

Em nosso direito civil estes contractos dotaes são tidos como onerosos para serem isentos do irritante preceito da insinuação,³ mas nio se pode negar que taes contractos diminuem muitas vezes o

¹ COELHO DA ROCHA, Dir. Civil, vol. 1, § 267, nota.

Não se confunda, porém, a nossa doação antenupcial com a donatio propter nuptias do Direito Romano, cujo conceito nos dão GLUCK, Pandek, vol. 23 § 1242, MAREZOLI, Droit Romain, § 166, e SERAFINI, Int. di Diritto Bom., § 165, e que nunca foi aceita em nosso direito, repugnando aos nossos costumes, como attesta MELLO FREIRE, Inst. Juris Civilis, L. 2, T. 9, § 26.

² Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, art. 19, § 1; Lei n. 1836 de 27 de Setembro de 1870, art. 15; Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873, art. III, §11. Tabella annexa ao Decr. n. 5581 de 31 de Março de 1874.

Em S. Paulo a primeira lei de orçamento depois da organização do estado, n. 15 de 11 de Nov. de 1891, art. 7, § 1, mandou observar o tabela annexa ao Decr. Fed. n. 5681, e hoje regula a matéria o Decr. n. 356 de 14 de Abril de 1896 onde se reconhecem as *doações entre noivos per escriptura antenupcial*.

³ ALMEIDA E SOUZA, Notas a Mello, vol 2, § 25, nota 9; Fasciculo de Dissertações, 3, §§ 29 e 30; TEIXEIRA DE FREITAS, Consol, das Leis Civis, note 9, ao § 1 do art. 417.

A jurisprudencia por sua vez assim tem entendido: sentença do Sup. Trib. de Justiça de 20 de Junho de 1866, apud CANDIDO MENDES, Arestos pag. 796; sentença do mesmo Trib. de 12 de Julho de 1879, ri O Direito, vol. 19, pag. 648 a 658; sentença de 5 de Junho de 1886, n' O Direito, vol. 40, pags. 545 e 602; accordams da Relação do Rio de 16 de Novembro de 1877 n' O Direito, vol. 26, pags. 621 a 625; de 24 de Setembro de 1886 n' O Direito, vol. 41, pag. 381; do Tribunal de Justiça de S. Paulo de 2 .de Março de 1898, na Revista Mensal, vol. 8, pag. 296 e n' O Direito, vol 76, pag. 552.

— Se o marido é commerciante, o Decr. _n. 917 exige a insunuação para que a mulher possa ser classificada credora reivindicante (art. 68, j, n. V.). Temos ahi, incontestavelmente, uma derogação aos principios de nosso direito civil. A disposição do cit. art. 68, j, n. V, deve ser entendida devidamente. Parece-nos evidente que, dada a fallencia do marido, se o dote por este constituído á sua mulher conta menos de dois annos, fosse ou não insinuado, se o considera nullo de pleno direito, a beneficio da massa, ex-vi do art. 29, 4. Se, porém, é decorrido esse tempo e fica inatacável, a mulher só poderá mante-lo o seu direito de proprietária quando o dote seja insinuado. E' uma disposição esta absurda, injustificável: duas leis — uma para o commerciante e outra para o não commerciante em matéria que não admite esta distinção!

patrimonio do dotador aos olhos dos credores. Se não fossem celebrados, e prevalecesse mesmo o regimen legal da coramunhão, todos os bens do casal viriam para a massa; injusto, é pois, afastal-os da disposição do art. 2f, o, do Decr. n. 917, quando não são passados ainda os dois annos a que esta se refere. Applicam-se ao caso as razões expostas no n. 319 supra.

§ 2.º

Pagamentos de dividas não vencidas feitos dentro do termo legal da fallencia

Summario. — 321. Pagamentos antecipados dentro do termo legal da fallencia. Motivos justificativos da nullidade destes pagamentos. — 322. Conceito das dividas não vencidas. — 323. Sua latitude. — 324. O pagamento antecipado nos contractos bilateraes a prazo. — 325. O pagamento antecipado de créditos hypothecarios ou pignoratícios. — 326. Significação das palavras pagamentos de dividas. — 327. O pagamento em dinheiro. — 328. O desconto. — 329. A cessão e transferencia. — 330. O endosso. — 331. A venda. — 332. A compensação.

321. O Decr. n. 917 considera nullos de pleno direito, a beneficio da massa, os pagamentos de dividas não vencidas, feitos dentro do termo legal da fallencia.¹ Taes pagamentos são meras liberalidades

¹ Decr. n. 917, art. 29, 6.

importara um favor ao credor, subtrahindo-o á sorte da fallencia. As obrigações com prazo certo não são exigiveis antes do vencimento (Cod. Com. art 136), e o credor a prazo, que é satisfeito antecipadamente, nas vésperas da fallencia do devedor, tem, incontestavelmente, obtido vantagens em prejuízo dos demais credores. O devedor antes de ser generoso tem o restricto dever de ser justo, procedendo de modo a não romper a egualdade entre os credores.

Observe-se: o Decr. n. 917 allude ao devedor-fallido que paga ao seu credor antes do vencimento da obrigação. Se o fallido é credor, e, dentro do termo legal da fallencia, recebe do seu devedor qualquer pagamento antecipado, este acto é válido e somente poderá ser annullado se for o resultado da fraude, nos termos do art 30, b, do Decr. n. 917 (n. 353).

322. O Decr. n. 917 fala de dividas não vencidas, e taes são aquellas cujos titulares não tinham o direito de exigil-as judicialmente quando foram pagas, ou melhor, aquellas em virtude das quaes o devedor não podia ser obrigado a pagar no dia em que effectuou o pagamento.¹

A *contrario*, são válidos os pagamentos de dividas vencidas realisados dentro do termo legal da fallencia.

O direito mais legitimo do credor é o de se fazer pagar do que lhe é devido, e, desde que se limita a exercer licitamente este direito, não pode ser incommodado: nihil dolo facit creditar, qui suum recepit.²

O Cod. Com., no art. 827, n. II, 2. alínea, dispunha: "As quantias por dividas não vencidas no 40 dias anteriores á epocha legal da quebra reentrarão na massa."

A redacção do art. 29, b, do Decr. n. 917 é mais ampla e expressiva. O Cod. Com. comprehendia somente os débitos pecuniários; as quantias, diz o cit. art. 827.

¹ O L. 108, Dig. 50, 16: cDebitor intelligitur is, a quo invito engi pecunia potest."

² E' esta a doutrina do Direito Romano na acção pauliana. L.6, 7, Dig 42, 8; L 24 in fine, 42, 8.

O Tribunal de Justiça assim julgou (Revista Mensal, vol 6, pag. 141).

Propositalmente empregamos a expressão licitamente, pois se para obter o pagamento de divida vencida o credor se conlue fraudulentamente com o devedor, na imminencia da fallencia, para preripere ce tens creditoribus, pode tal pagamento ser annullado pela revogatoria commercial do art. 30, b, do Decr. n. 917.

Neste caso é vedado ao credor allegar que recebeu o que era; e dizer: *vigilavi, meliorem meam conditionem fecit. Jus civile vigilantibus scriptum est* (L. 24, Dig, 42, 8), pois o direito e a equidade não toleram que os fins purifiquem e justifiquem os meios. *Malo more gestum est*, e tanto basta; ninguém pode escudar-se na própria fraude *Nemini fraus sua patrocina debet*.¹

E' difficillimo provar a fraude para conseguir a annullação de pagamentos; o Decr. n. 917 devia ter imitado as disposições do Cod. Com. Italiano que muito melhor acautelara os direitos dos credores.²

¹ DELAMARRE ET LB POITVIN, Traité de Droit Com., vol. 6, n. 8; MA) Del Fattvmmtto, vol. 1, pag. 397.

² O Cod. Com. Italiano, no art. 709, n. 3, declara annullaveis se presumirem realizados em fraude dos credores, os pagamentos de dividas vencidas e exigiveis que não tenham sido feitos com dinheiro ou com titulos commerciaes.

O Cod. Com. Francez, no art. 446, considera nullos relativamente á massa os pagamentos de dividas vencidas feitos de outro modo que não en especes ou effets de commerce, depois da epocha legal da cessação de pagamentos nos dez dias que a precedem.

A Lei Federal Suissa de 1889 contem a disposiçãoseguinte: Art. "Sont pareillement nuls les actes suivants, lorsqu'ils ont été faits par un débiteur insolvable dans les six mois avant la saisie ou l'ouverture de la faillite... 2.º paiement opéré autrement qu'en numéraire ou vale usuelles; 3.º tout paiement de dette non échue.

L'action révocatoire n'est pas recevable lorsque celui qui a profité de l'acte établit qu'il ignorait la situation du débiteur."

O Cod. Com. Chileno, art. 1373, considera nullo, a beneficio da massa todo o pagamento de divida vencida que não seja effectuado em dinheiro! effectos de commercio, dentro dos dez dias que precederam a fallencia.

Lacuna imperdoavel do Decr. n. 917: caracteriza-se o estado de fallencia, embora não haja falta de pagamento, se o devedor transfere ou cede bens á credores para solver dividas vencidas e não pagas (art. 1, § 1, b) no entre tanto taes pagamentos não são fulminados. o Decr. n. 917 só consente que se os annulle *provamdo-se fraude de uma e outra parte* (art. 30, b)!

323. Nos termos genericos empregados pela lei — dividas não vencidas — acham-se comprehendidas não só as dividas commerciaes como as civis. Vide n. 65.

324. Se se tracta de uma obrigação bilateral a prazo, em que ficou expressamente convencionada a faculdade de as partes executarem-na dentro do prazo, não é nullo o pagamento feito dentro do termo legal da fallencia.

A execução da obrigação não traz desfalque á massa, não mingua o activo, porque, se o devedor pagou antecipadamente, recebeu também antecipadamente o equivalente ao que pagou.¹

O acto do fallido pode, porém, ser o producto da fraude, e neste caso o pagamento não escapa aos termos do art 30, b, do Decr. n. 917 In. 353).

326. A mesma solução applica-se ao caso era que o pagamento antecipado disser respeito a um credito garantido com penhor ou hypotheca, pois, em virtude delle, libertam-se as cauções para voltar ao patrimonio do devedor; não se dá diminuição do activo, nem conseguentemente prejuizo a massa.²

Se, porém, com este pagamento é beneficiado o credor garantido, cedendo-se aos limites naturaes da sua garantia, como no caso de penhor insufficiente, de um immovel cujo producto não baste para nortisar a divida e seus juros, o acto é nullo de pleno direito, pois respeito delle actum as considerações expostas no n. 321.³

¹ VIDARI, Corso, vol 8, n. 7869.

² CUZZERI, 11 Cod. Com, Ital. Commentato, vol. 7, n. 204.

³ SACERDOTI, Dir. dei ored. per gli atti compiuti dal fallito, pag. 74. "E 5a ragione medesima che il fatto non pregiudica il diritto dei ereditori aottrae [dal disposto legislativo quei pagamenti, che risguardassero obbligazioni, per | [Ift quali si possedesse pegno, ipoteca od altro titolo di preferenza, entro i li-miti però naturalmente, in cui l'obbligazione trovasi garantita dal valore del-Toggetto, sul quale può esereitarai il diritto di preferenza".

326. A expressão - *pagamentos de dividas* — empregada pelo decr. n. 917 deve ser entendida no seu mais amplo sentido.

A palavra pagamento abrange todos os meios estabelecidos para fã extincção do direito de credito; o legislador, depois de especificar os modos pelos quaes ordinariamente se realisam os pagamentos, teve a cautela de accrescentar: *ou outro qualquer meio de solução de obrigações*.¹

A palavra dividas designa não só a obrigação de satisfazer quantia em dinheiro, como também toda e qualquer prestação consistente embora em cousas indeterminadas.

Entre os meios expressamente enumerados pelo art 29, a Decr. n. 917 para a realização dos pagamentos de dividas não vencidas, figuram:

327. A) O pagamento em dinheiro, isto é, por meio de numerario, *pecunia numerata*.²

328. Pergunta-se: se o commerciante, dentro do prazo legal fallencia, desconta titulos de sua responsabilidade, é nulla esta obrigação? Incide na disposição do art 29, 6, do Decr. n. 917?

¹ As leis allemã de 1877, art. 23, n. 2, e a austriaca de 1884, art. 5, empregam a expressão BEFBIDIGUNG (satisfação), que é mais ampla do que BEZAHUNG (pagamento).

— A palavra pagamento, do art. 29, a, do Decr. n. 917, ó empregada no sentido amplo, como traducção da solutio dos Romanos (vide nota 2, pag. 83). Este termo (solutio) por si só indica o simples contraposto á obligatio e, com isso, toda e qualquer extincção do direito de credito.

Eis as fontes: .

L 176 Dig 50, 16. *Solvere dicimus eum, que facit, ouod facere prominst.*

L 54, 'Dig. 46, 3. "Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem".

L. 47, Dig. 50, 16: "Uberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis.

L. 4 § 7, Dig, 42, 1: "Solvisse accipere debemus non tantum eum qni solvit, veram omiiem omnino, qtii...obligatione liberatus est...

² Cod. Com., art. 195: Não se tendo estipulado no contracto a qualidade da moeda em que deve fazer-se o pagamento, entende-se ser a corrente no lugar onde o mesmo pagamento ha de effectuar-se sem ágio ou desconto."

A doutrina corrente é pela nullidade, pois tal operação não deixa de ser um pagamento antecipado, e é certo que produz uma diminuição no patrimonio do devedor.¹

329. B) O pagamento por meio de *cessão e transferencia*.

Estas duas expressões têm identico sentido e significam a passagem para a credor de um credito que o devedor tem para com terceiro. E' intuitiva a razão porque o lei annulla esta forma de pagamento realizado no periodo suspeito; o credito cedido ou transferido do patrimonio do devedor para beneficiar um só credor, rompe a da egualdade e diminue o penhor commum.

330. C) O pagamento por meio de *endosso*.

O endosso é o acto pelo qual se realiza a transferencia das letras de cambio pagáveis á ordem, ou dos titulos a ellas equiparados.

Cabem aqui as observações acima. A transferencia de titulos á fem feita pelo fallido em beneficio de determinado credor, cujo credito não

¹ PARDESSUS, Cours de Droit Com., vol. 3, n. 259; BOILEUX sur BOULAY PATY, Iraité Des Faillites, vol. 1, pag. 190; VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7871; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit (hm.), vol. 7, n. 332; CAVO, La Cessazione dei pagamenti, pag. 120; SEGOVIA, Explicaciony critica del Cod. Com Argentino, nota 4530 ao art. 1409.

O Cod. Hespanhol, no art. 879, é expresso considerando como pagamento antecipado o desconto dos próprios titulos feito pelo commerciante dentro dos quinze dias precedentes á declaração da fallencia. Idem, o Cod. Chileno, art. 1373, n. 2.

MASSÉ, Le Droit Com., vol. 2, n. 1222, pensa que o desconto é uma nova operação que altera a natureza da divida primitiva: o negociante compra á vista ou a prazo mais curto o que anteriormente havia comprado a credito ou a prazo mais longo. O desconto vem a representar o preço de sua renuncia ao beneficio do prazo. Cest la une opération commerciale, conclue MASSÉ, qui, réduite à ses termes simples et naturelles, est fort legitime.

O insigne MASSÉ esqueceu-se, porém, que se procura evitar justamente encurtamento do prazo: ahí é que se costuma aninhar a fraude.

CUZZARI, Il Cod. de Com Ital. Commentato, vol. 7, n. 205, resolve a duvida fazendo uma distracção: ou a condição do desconto foi ajustada contemponeamente ao contracto, on o foi sucoessivamente e depois da cessação de pagamentos. No primeiro caso, entende elle que não se tracto de pagamento antecipado porque o vencimento foi ao origine deixado ao arbítrio do devedor. No segundo caso, é nulo o desconto, porque prejudica a massa e fere a egualdade entre os credores.

O Decr. n. 917 declara nullos todos os pagamentos de dividas não vencidas feitos por qualquer meio de solver obrigações, e incontestavelmente desconto, nas condições figuradas, é um desses meios.

está vencido, constitue um favor e tem por fim subtrahir este devedor á sorte da fallencia imminente.

331. D) O pagamento por meio da *venda*.

O Decr. n. 917 inspirado na disposição do art. 707, n. 2, do Cod. Bom. Italiano empregou, como este, a palavra venda, expressão incorrecta. O fim daquelle Decr. é annullar os pagamentos antecipados, operados pela datio in solutum; quiz evitar a transferencia de bens do credor, ainda que sob a condição de véndel-os, para com o producto Re pagar.

332.E) O pagamento por meio da *compensação*.

A compensação não se dá sem que existam duas dividas *certas, liquidas e exigiveis*.¹ Pode-se extranhar, pois, que o art 29, b, do decr. n. 917 annulle os pagamentos de dividas *não vencidas*, isto é, de dividas não exigiveis, feitos por meio da compensação. Mas, a lei se fere não á compensação *legal (ope legis)*, impossivel de dar-se na hypothese, mas á compensação convencional, effectuada pela vontade soberana das partes.

Esta compensação neutralisa o titulo creditorio do fallido e a obrigação do devedor, extingue as obrigações reciprocas, resultando d'ahi o credor do fallido receber antes do vencimento a sua divida e deste modo escapar do concurso. Ha um verdadeiro beneficio. O direito manda que este credor pague á massa integralmente o seu debito, e della receba o seu credito em moeda de fallencia (n. 214).

O Decr. n. 917 abre, porém, excepção para a compensação que é operada por effeito da conta corrente. Esta compensação não é atacada pela nullidade. Vide ns. 214 e 261.

¹ Cod. Com. art. 439; CLOVIS, Dir. dos Obrig., § 47.

§ 3.º

Hypothecas e outras garantias reaes celebradas dentro do termo legal da fallencia para garantir dividas anteriores

Summario. — 388. A nullidade das hypothecas e outras garantias reaes, inclusive a retenção, celebradas dentro do termo legal da fallencia para garantir dividas anteriores. — 334. Hypothecas e garantias que não são nullas. — 335. Razão da distincção entre a hypotheca gémea e a hypotheca mais moça que a divida. — 336. As dividas anteriores podem estar ou não vencidas.— 337. Garantias reaes constituídas por terceiro. — 338. Garantia prestada em virtude de obrigação anteriormente assumida. — 339. Reforço de garantia. — 340. Garantia simultânea de divida anterior e de divida contemporânea. — 341. A questão na abertura de credito. — 342. A questão na abertura de credito acompanhada da conta corrente. — 343. Efeitos da nullidade da hypotheca com relação a outros credores anteriores ou posteriores. — 344. Uma explicação final.

333. São fulminadas com a pena de nullidade, em beneficio da massa, as hypothecas em garantia de dividas contrahidas anteriormente ao termo legal da fallencia, ou outra qualquer garantia real, inclusive a retenção, se forem celebradas dentro do termo legal da fallencia.

O Decr. n. 917 ampliou e modificou o direito antigo. Ampliou, considerando nullas a beneficio da massa quaesquer garantias reaes,

inclusive a retenção; modificou, alterando o prazo de quarenta dias que; o art. 827, n. II do Cdigo Commercial estabelecia para a nullidade daquellas hypothecas. Ficaram assim modificados também os arts. 2 § 10 do Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, e 127, 128 e 394, c, do regulamento hypothecario constante do Decr. n. 370 de 2 de Maio.; de 1890, disposições estas que tinham apoio no art. 837, n. II do Cod. Com.

E' dispensada a tarefa de justificar a nullidade com que a lei feriu aquellas hypothecas e outras garantias. As razões expostas no n. 321 lhes são inteiramente applicaveis.¹

334. Não são nullas, porém :

a) as hypothecas ou as garantias reaes gémeas da divida. Assim, se, dentro do termo legal da fallencia, o devedor contrahe um eraprestimo, e, no mesmo acto, hypotheoa ou dá era antichrese um immovel a garantia forma com o empréstimo um todo indivisivel, e é válida.²

¹ Tractando da acção paulians, dizia ULPiano: "Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditam pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est seapissime constitutum." L. 10 § 13, Dig. 42, 8.

— No Dict. de Droit Com. de RUBEN DE Couders, verb. FaiLLite, n. 373, justifica se o ultimo periodo do art. 446 do cod. Com. francez nos seguintes termos, que podemos aproveitar e applicar ao art. 29, c, do Decr. n. 917: "Le ci creancier qui s'étant contenté, dana l'origine, de la garantie personnelle d'un commerçant, exige plus tard une hypothèque ou un gage, pour assurer le remboursement de sa créance, indique par là même qu'il connait le mauvais état des affaires de son debiteur, et qu'il cherche un moyen de se sauver d'un naufrage imminent. Les motifs qui ont fait prohiber les paiements anticipés et ceux effectués par vente, transport ou compensation, doivent donc faire également interdire toute constitution de gage ou d'hypothèque consentie dans les memes circonstances. Il serait en effet inutile d'empêcher le debiteur de diposer d'une portion de son actif à l'aide de vente ou de cession, s'il pouvait arriver à un resultat identique par une voie détournée et aliener indireotement ses biens, en les affectant, à titre de gage ou hypothèque, a certains créanciers au prejudice de la masse. "

² Se a garantia gémea da divida tiver sido contrahida com fraude e annullavel, nos termos do art. 30, b, do Decr. n. 917.

RENOUARD (Traité des Faillites, vol. 1, pag. 385), dizia no parecer que apresentou á Camara dos Deputados sobre a lei franceza de 1838: Um empréstimo sobre immoveis feito convenientemente o em condições moderadas e um acto que pode prevenir a fallencia e contra o qual o legislador nao tem motivos de desconfiar. O principio geral da annullação por fraude offerece sufficiente garantia contra os inconvenientes que se possam originar do certos casos particulares.

b) as hypothecas ou outras garantias reaes mais velhas que a divida. Assim, quando a hypotheca é constituída dentro do período suspeito ou antes delle, para garantir uma abertura de credito, e o falplido se serviu deste credito durante aquelle periodo.

c) as hypothecas dadas em substituição de outra garantia sem melhorar a posição do credor e sem prejudicar a massa. A lei somente não que Lque um credor melhore de condição com detrimento de todos os outros.¹

335. A distincção, entre a hypotheca irmã gémea e a hypotheca mais moça do que a divida, corresponde perfeitamente á que é feita entre a alienação a titulo gratuito e a alienação a titulo oneroso. Esta sensata consideração é de ADRIEN GILLARD, que acrescenta: com effeito. quando a hypotheca nasce ao mesmo tempo que a divida que garante, apresenta todos os caracteres de uma alienação a titulo oneroso; se ella não representa, propriamente fulando, o equivalente do lempréstimo realizado, é ao menos a condição essencial; não se poderia, r pojs, sem violar a lei do contracto separar a sua sorte da do empréstimo e declarar-a nulla deixando este plenamente válido.

“Dá-se o contrario quando a hypotheca é constituída depois que a divida foi contractada. Aquella garantia não é mais uma condição da operação, pois, o empréstimo sendo um facto consummado, a hypotheca é feita numa occasião era que o credor não tem mais direito a exigir. Por isso a lei pode, sem desconhecer a intenção das partel annullal-a isoladamente se prejudica os credores da fallencia, rompendo a egualdade que entre elles deve existir. Ora, tal é o caso da hypotheca irmã mais moça da divida; o devedor, celebrando-a, faz um simples presente a seu credor, e isto em epocha na qual não tem o direito de ser generoso. O seu procedimento pode-se explicar somente desejo de favorecer esse credor com prejuizo dos outros.”²

¹ HUMBLET, Traité des Faillites, n. 145.

² La Contitutions de Hypothèque Convencionelle, n. 173.

Estas bem adduzidas considerações são suficientes para justificar nullidade legal.

336. O Decr. n. 917, fulminando com a nullidade de pleno direito, a beneficio da massa, as hypothecas e outras garantias reaes segurança de dividas anteriores ao termo legal da fallencia, pouco importa que estas dividas estejam ou não vencidas. As razões de decidir são as mesmas em ambos os casos.

337. A hypotbeca ou outra garantia real constituida por terceira para segurança de divida anterior do fallido, dentro do periodo suspeito não é nulla.

Se o terceiro paga a divida pelo objecto dado em garantia e dentro das forças e valor deste mesmo objecto (até ahí vae a sua responsabilidade) não pode reclamar da massa mais direitos do que teria o credor originario se a esta concorresse. E' o caso da fiança, cogitado no art 70 § 1.º do Decr. n. 917; o fiador é considerado credor chirographario por tudo quanto tiver pago em descarga do fallido.

338. Se o devedor se obrigara por oceasião de contrahir a divida a fornecer uma garantia real, o o fez dentro do periodo suspeito, a garantia também não é nulla.

A promessa da garantia, convencionada ao mesmo tempo que a divida, tornon-se condição desta. Não se tracto propriamente da constuição de uma garantia real *in vetus debentium*, mas sim de executar uma lei contractual, de consummar uma obrigação que nasceu com a própria divida. As obrigações ab initio, ex voluntatis ex pots facto sunt necessitatis. Podemos dizer ainda com ADRIEN GILLARD, que foi por um só e mesmo acto de vontade que a garantia real foi promettida constituida, e, se não se deu entre a constituição da garantia e o nascimento do credito concomitancia material, houve na realidade concomitancia juridica.¹

¹ La Constitution de l'Hypothèque Conventionelle, n. 181.

Tal é a doutrina da lei federal suissa de 11 de Abril de 1889.¹

Note-se, porém, que, se a promessa da garantia e a sua posterior palisação forem contrahidas de má fé e com o intento de beneficiar um credor em prejuizo dos demais, o acto se torna annullavel cabendo ao caso a applicação do art. 30, b, do Decr. n. 917 (n. 353).

339. *Quid* se se tracta de um reforço de hypotheca dado dentro do termo legal da fallencia, no caso de perecimento ou deterioração do immovel ou iminoveis hypothecados, de accordo com a disposição do art 4 § 3 do Decr. n. 169A de 19 de Janeiro de 1890 e art 123 do Decr. n. 370 de 2 de Maio do mesmo anno?

Entendemos que este acto não se acha comprehendido na letra nem no espirito da disposição do art. 29, c, do Decr. n. 917. Não ha novo contracto, mas a realisacão de um direito que a lei confere ao credor e com o qual este contava quando celebrou a hypotheca. Tracta-se, pois, do exercicio de um direito legitimo e: *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*.

Se, porém, o reforço é dado com a fraude especifica da fallencia consistente no *prceripere ceteris creditoribus*, pode ser annullado nos termos do art 30, b, do Decr. n. 917 (n. 353).

340. Pode succeder que a hypotheca seja constituida pelo devedor para garantir, ao mesmo tempo, uma divida anterior ao termo legal da fallencia e outra contractada no mesmo acto dentro desse termo. Não é difficil ver-se o devedor receber, durante o periodo suspeito, de um

¹ Lei Suissa, art. 287: "Sont... nuls les actes suivants...1.º Tout gage constitué pour garantir une dette existante, sauf le cas ou le débiteur s'était engagé précédemment à fournir une garantie".

Commentando esta disposição escrevem BRUSTLEN et RAMBERT (La poursuite pour dettes et la faillite, pag. 482): "Ne serait point annulable, par exemplo, la remise en nantissement de titres pour complément de couverture d'un prêt, lorsqu'il aurait été convenu antérieurement que la couverture devrait être constamment égale au crédit accordé, de sorte que, en cas de baisse des titres à la cote de la bourse, l'emprunteur serait tenu de la compléter".

de seus credores nova quantia a titulo de empréstimo, e, para segurança e garantia da nova e da velha divida, celebrar um contracto hypothecario.

Pergunta-se: esta hypotheca está eivada de nullidade em beneficioassa?

O art. 29, c, do Decr. n. 917 resolve a questão. Não é difficil distinguir as duas dividas para manter a hypotheca relativamente á que foi contrahida no mesmo acto dentro do periodo suspeito, e annular a que garante a divida antiga. Era todo o caso, os syndicos da massa têm a faculdade de annular a hypotheca constituida sobre ambas as dividas, uma vez provado que a ulteriormente contrahida teve por fim garantir fraudulentamente o credor de empréstimos anteriores. Dominará o caso a disposição do art. 30, b, do Decr. n. 917 (n. 353).

341. Na vida pratica commercial a questão pode se apresentar frequentemente nas aberturas de credito.

Um banqueiro abre um credito a certo commerciante, supponhamos, até 50.000\$000. Na epocha do contracto, tendo plena confiança na solvabilidade do creditado, não exige garantia real. Mais tarde, quando os adeantamentos se elevam, digamos, a 30.000000, o banqueiro receioso da fallencia do creditado, obtém deste a constituição de uma hypotheca destinada a garantir ao mesmo tempo os adeantamentos anteriores e os novos ou futuros até ao *maximum* do credito.

Nessas condições, é declarada a fallencia do creditado, ficando a hypotheca dentro do termo legal suspeito. Segundo a solução estabelecida no n. 340 supra, sendo fácil a distincção entre os antigos e novos adeantamentos, a hypotheca é nulla na parte em que garante o embolso dos 30.000\$000.¹

¹ FAILLOISE (*Traité des Ouvertures de crédit*, ns. 846 e 347), estudando o art. 445 §§ 3 e 4 da Lei Belga, chega ás mesmas conclusões.

342. A questão toma, porém, outro aspecto se á abertura de credito acompanha a conta-corrente (vide nota 1, pag. 177).

Se a hypotheca é constituida durante o periodo suspeito para garantir a conta-corrente já existente, é valida e garante realmente o saldo que esta conta demonstra ao ser encerrada no dia da declaração da fallencia?

Exemplifiquemos: A e B estão em conta-corrente desde 1.º de Janeiro de 1898. Em 1.º de Janeiro de 1899 A, que tem adeantado 10.000000, deseja garantir-se com uma hypotheca, e convenciona com B abrir-lhe um credito até 20.000\$000 offerecendo este garantia hypothecaria. Em 6 de Fevereiro seguinte é aberta a fallencia de B. O saldo da conta-corrente neste dia é de 20.000000 (*maximun* do credito) a favor de **A**. A sentença declaratoria da fallencia fixou o termo legal desde 20 de Dezembro de 1898, dentro do qual foi constituida a hypotheca.

Entende-se geralmente que a hypotheca é válida porque a conta-corrente nunca cessou de existir; os adeantamentos, feitos em virtude da abertura de credito e levados á conta-corrente, não representam dividas distinctas e novas a cargo do creditado; ao contrario, confundem-se com os adeantamentos anteriormente feitos e todos elles concorrem para a formação de uma divida única cujo balanço definitivo determina a importancia.¹

A disposição do art. 29, c, do Decr. n. 917 não pode ir até annular as consequências da indivisibilidade da conta-corrente.²

A validade da hypotheca está, porém, subordinada á condição de a conta-corrente ser alimentada posteriormente á abertura do credito.

¹ FAILLOISE, Traité des Ouvertures de crédit, n. 350; DALLOZ, Suppl. au Repert., verb. Faillite, n. 639.

² O SILVA COSTA, Contas-Correntes, n. 109: "A própria fallencia, que tão profundas modificações induz no regimen das relações normaes do direito, respeita a indivisibilidade do contracto de conta-corrente".

Se nenhuma operação ou remessa tiver logar depois de firmado o contracto da abertura do credito, a hypotheca é nulla *pleno jure*, porque incontestavelmente o saldo definitivo da conta-corrente é uma divida anterior ao acto constitutivo da hypotheca Admittir a validade de uma tal hypotheca fora illudir a lei.¹

343. Annullada a hypotheca, o immovel ou immoveis dados em garantia achara-se, relativamente á massa, libertos dos onus que os gravavam; o seu producto é todo vertido á massa e distribuido entre os credores chirographarios.

Se existem credores hypothecarios anteriores, está claro, estes têm de se pagar preferentemente, vindo para a massa o remanescente.

Surge, porém, interessaníssima questão quando existem credores posteriores, cuja hypotheca é válida, facto este muito possivel: o fallido no termo legal da fallencia constitue sobre determinado immovel uma hypotheca em garantia de divida anterior, e durante o mesmo periodo constituo uma segunda hypotheca sobre o mesmo immovel para garantir outra divida contrahida no mesmo acto. A primeira hypotheca é nulla *ex-ví* do art. 29, c, do Decr. n. 917; a segunda é valida.

Quaes os direitos deste segundo credor hypothecario ?

Três systemas apresentam-se era campo para solver esta importante questão:

O 1.º quer que a sentença annullatoria da hypotheca a inutilise de modo absoluto relativamente a todos os credores, e assim o credor hypothecario posterior vem a melhorar de situação pelo desaparecimento do credor preferente.

O 2.º entende que o credor cuja hypotheca foi annullada está somente impossibilitado de fazel-a prevalecer relativamente á *massa*; em

¹ FAILLOISE, Obr. cit. n. 351.

frente a cada credor conserva o seu direito em toda a integridade. E assim guardada a ordem da preferencia, a parte que devia caber credor da hypotheca annullada verte para a massa.

O 3.º considera a acção de nullidade da hypotheca como acção de indemnisação de perdas e danos, pois que a nullidade visa somente proteger os interesses da massa. Se a hypotheca annullada não causa prejuizo á massa, isto é, se não concorre para diminuir a somma dos dividendos dos credores, o credor em virtude desta hypotheca fica na posição que occuparia se a hypotheca não fosse annullada. No caso contrario, será privado do direito de se prevalecer della na proporção do prejuizo da massa.¹

Para se comprehender o alcance pratico destes três systemas figuremos a seguinte hypothese. **A** é credor, por hypotheca, constituida para garantir divida anterior, no valor de 40.000\$000. **B** é credor hypothecario, tendo garantida com o mesmo immovel divida contrahida no mesmo acto, no valor de 50.000\$000. O devedor é declarado fallido e o termo legal da fallencia abrange essas duas hypothecas.

A hypotheca de **A** é nulla de pleno direito relativamente á massa, em virtude da disposição do art. 29, e, do Decr. n. 917; a de **B**, ao contrario, é válida. O immovel hypothecado é vendido por 80.000\$000.

Segundo o 1.º systema, desaparecendo a hypotheca de **A**, **B** assume o primeiro logar. Paga-se do seu credito de 50.000\$000, e os 30.000\$000 remanescentes vertem para o activo da massa.

Na conformidade do 2.º systema, **A** figura como credor de 40.000\$000, entrando esta quantia para a massa. **B**, como 2.º credor hypothecario, recebe 40.000\$000, remanescente do producto do immovel

¹ Esses três systemas são expostos por BAUDRY-LACANTINERTE & LOYNES, Du Nantissement, des Privilèges et Hypotheques, vpl. 2, n. 1353, de accordo com a jurisprudencia franceza. Vide também ROUBEN DE COUDER, Supplément au Dict. de Droit Com., verb. Faillite, ns. 238 a 241, e LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 383 e seguintes.

hypothecado, e vae figurar na fallencia como credor chirographario de 10.000\$000 *ex-vi* do art. 70, n. IV, c, do Decr. 917.

Pelo 3.º systema é preciso antes de tudo verificar quanto teria a massa se a hypotheca de **A** não existisse, levar depois ao seu activo esta somma e repartir o remanescente entre **A** e **B**, tomando por base do calculo o preço total do immovel, sem levar em conta a sentença que annullou a hypotheca de **A**, de tal modo que a posição de **B** não soffra a menor modificação por effeito de uma sentença que lhe não toca. Temos pois, segundo este engenhoso systema: se a hypotheca de **A** não existisse, **B** receberia 50.000\$000, valor integral de sua segunda hypotheca, e a massa teria de receber o remanescente que era 30.000\$000. Ella receberá estes 30.000\$000. E como a hypotheca de **A** não é nulla relativamente a **B**, este receberá a mesma somma que viria a receber se a hypotheca de **A** válida fosse relativamente á massa, isto é, receberia 40.000\$000, indo figurar como credor chirographario pelo saldo. Os 10.000\$000 restantes do producto do immovel hypothecado serão entregues a **A**.

Destes três systemas, pode-se dizer, nenhum está isento de sérias objecções. O terceiro, que parece seduzir pelo seu grande espirito de equidade, não pode ser acceito porque o Decr. n. 917, annullando a hypotheca em beneficio da massa, esta nullidade deve inutilisar todo o direito de privilegio do credor. Não se pode, pois, admittir, que este ainda venha aproveitar-se de um acto nullo para collocar-se, ainda que em parte, numa situação que a lei não reconhece.

O 1.º systema também não pode ser acceito porque a lei annulla a hypotheca somente em beneficio da massa; logo, os credores posteriores não se podem aproveitar deste beneficio.

O 2.º systema é o que parece mais conforme ao espirito e á letra do Decr. n. 917. A massa colhe o beneficio que a lei lhe garantiu, e o credor posterior não soffre modificação nenhuma em seu direito.

344. Na considerações feitas neste § 3 falámos principalmente da hypotheca, e quanto dissemos a tal respeito pode ser applicado, com o critério devido, ás outras garantias reaes de que tracta o art 29, c, do Decr. n. 917.

§ 4.º

Renuncia á successão, legado ou usufructo.

Summario. — 345. Motivos justificativos da disposição legal.

345. E' considerada nulla de pleno direito a renuncia á successão, legado ou usufructo, feita até dois annos antes do termo legal da fallencia, salvo se o devedor não exercia o commercio ao tempo em que se deu aquella renuncia.¹

Temos aqui outra disposição á qual se podem applicar as considerações do n. 321. A renuncia de uma successão legitima ou testamentaria ou de um usufructo importa alienação a titulo gratuito.²

¹ Decr. n. 917, art, 29, da Lei Húngara de 1881, art. 28 n. 1.

— Renuncia é o abandono de um direito pura e simplesmente, sendo a mesma cousa que alienação no segundo sentido indicado na nota 1, pag. 208.

No sentido mais amplo da palavra, renuncia comprehende também a declaração de não querer adquirir um direito, cuja aquisição é possível. Não se pode estabelecer uma regra geral de direito sobre os requisitos de uma renuncia efficaz. WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. 1 § 69.

² O Direito Romano não se oppunba a taes renunciias (L. 6 pr., §§ 1 e 5, Dig. 42, 8) salvo a excepção em favor do fisco(L. 45 pr. 19, 14).

O Direito Canónico foi o primeiro a modificar o Direito Romano neste ponto. Canonistas e theologos consideravam a doutrina romana contraria á equidade e ao foro da consciencia, e por meio de anctorisadas vozes constantemente affirmavam: *Hanc repudiationem esse contra Justice, et repudiantem mortaliter peccare, cum ex lege justice teneatur adhibere media, ut creditoribus satisficiat...* > PATER MOLINA, *De Jurstia Tractatus*, Veneza, 1614, tract. 2. tit. 2, disp. 435, f.

A doutrina moderna consagrada no art. 29, d, do Decr. n. 917, é influencia do Direito Canonico.

§ 5.º

Restituição antecipada do dote ou sua entrega antes de tempo

Summario. — 346. Exame da questão no Direito Romano, subsidiario do nosso. — 347. Razões justificativas da nullidade.

346. Estabelece o Decr. n. 917 a nullidade de pleno direito da restituição antecipada do dote, ou. a da sua entrega antes do prazo estipulado no contracto antenupcial.

Por Direito Romano, fonte subsidiaria do nosso, a restituição do dote feita durante o casamento, salvo se houvesse causa legitima para isso, era expressamente prohibida pela L. unica, Codigo 5,19, c pela Novella 22, cap. 39, as quaes fundamentavam a prohibição sob o fundamento de a restituição importar verdadeira doação: *"guta domtionis instar perspicitur obtinere; ... quia instar donationis eo ipso esse videbitur."*

347. Os fructos e rendimentos dos bens dotaes communicam-se entre os cônjuges,¹ e a lei nlo os exceptua da arrecadação no caso de fallencia do marido.²

E patente, pois, o interesse da massa em evitar o desvio dos bens dotaes.

CORREA TELLES, Dout. das Acç. ed. de Coimbra, 1869, § 109, nota 5: "São oppostas á boa razão as leis romanas que facultam ao devedor repudiar a herança em fraude de seus credores; por isso em muitas nações se usa o contrario".

¹ LAFAYETTE, *Dir. de Fam.*, § 82 e nota IX.

² Decr. n. 917, art. 18, § unico. O Regul n. 737. art. 630 § a, sujeita penhora, não havendo absolutamente outros bens, os fructos e rendimentos dos bens inalienaveis.

O Tribunal Civil e Crim., da Capital Federal, em Ac. de 80 de Maio de 1894, decidiu que os rendimentos dos bens dotaes respondem pelas dividas do marido e podem ser penhorados não havendo outros bens (O Direito, vol. 64 pag. 507).

O mesmo pode-se dizer quando o dotador, tendo estipulado prazo para a entrega do dote, se antecipa. E' também uma liberalidade encurtar o prazo das obrigações.

Em ambos os casos é manifesto o prejuizo que soffre a massa quer o fallido seja o marido da dotada, quer o dotador, e o Decr. n. 917. que tanto se preveniu contra os actos e alienações a titulo gratuito, não podia deixar de invalidar aquelles actos. *Nessun atto porta maggiormente impresso lo stigma della frode che quello a titolo gratuito*, escreve o profundo VIDARI.¹

§ 6.º

Inscrição da hypothecas e transcripção de onus reaes e de transmissões *inter vivos*.²

Summario. — 348. Motivou jnstificativa da nullidade. — 349. Consequencias da nullidade da inscripção. — 350. Idem da transcripção.

348. São consideradas, finalmente, nullas de pleno direito, em beneficio da massa, as ioscripções de hypothecas e as transcripções de ónus reaes e penhor agrícola e as transcripções de transmissões inter vivos, por titulo oneroso ou gratuito de immoveis susceptíveis de hypotheca, feitas após a decretação do sequestro ou a declaração da fallencia.

¹ Corso, vol 8, n. 7859.

² O Decr. n. 917, no art. 29, f, por deploravel engano fala em inscripções de hypotheca, *onus reaes e penhor agricola*. Os onus reaes (entre os quaes se comprehende o penhor agrícola, art. 6 do Decr. n. 169 A de 19 de Jan de 1890), para operarem os seus effectos a respeito de terceiros devem ser ter scriptos e não inscriptos, art. 8. do cit. Decr. n. 169 A. A hypotheca é a unica que se inscreve; art. 7 do cit. Decr. n. 169 A.

A disposição do art 29, f, do Decr. n. 917 está de accordo com a do art. 129 do Regul. n. 370 de 2 de Maio de 1890, que declara nullas as inscrições e transcrições requeridas posteriormente á sentença declaratoria da fallencia.

Somente depois da formalidade da inscrição, meio de tornar publica a hypotheca, é que esta vale contra terceiros,¹ e só depois da transcrição é que operam effeitos a respeito de terceiros os onus reaes,² o penhor agricola,³ e as transcrições *inter vivos* por titulo oneroso ou gratuito de immoveis.⁴

A fallencia, privando o devedor da administração de seus bens, firma desde o dia da declaração da fallencia a sorte de todos os credores,estabelecendo de modo irrevogável a situação delles. A nenhum credor pode ser dado o direito de inscrever uma hypotheca legalmente contrahida, nem transcrever a transmissão de qualquer immovel depois da decretação do sequestro dos bens do devedor ou da declaração da fallencia deste, pois seria o mesmo que adquirir uma preferencia sobre os demais credores, ferindo a lei da egualdade que na fallencia deve ser inflexivel.⁵

¹ Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 9;

² Decr. n. 169 A, art. 8; Regul. n. 370, art. 241.

³ Regul. n. 370, art. 369.

⁴ Decr. n. 169 A, art. 8; Regul. n. 370, art. 233.

⁵ LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 31, n. 22; MOURLON, Répétit sur le Code Civil, vol. 3 n. 1549.

O CONS. LAFAYETTE, Direito das Cousas, vol. 2 § 241, nota 9, manifesta a sua auctorizada opinião nos seguintes termos: Nesta disposição ha rigor excessivo. A inscrição é uma medida de conservação e não de aquisição de direitos. Seria, pois, de justiça permittir a inscrição depois da abertura da fallencia, uma vez que a hypotheca tivesse sido constituida de uma maneira legal. O dito rigor augmente de intensidade em relação ás hypothecas legaes, a respeito das quaes e inadmissivel a suspeita de fraude". Attenda-se, porém, a que só depois da inscrição da hypotheca ó que esta se torna publica (Regul. n. 370, art. 77). O retardamento da reahsação desta medida pode dar logar á fraude; enquanto o registro hypothecario apresenta como livres os bens do devedor, na realidade acham-se elles gravados de hypotheca latente que só apparece depois da declaração da fallencia!

349. Comquanto nullas a beneficio da massa a inscripção da hypotheca e a transcripção dos onus reaes feitas depois da decretação tido sequestro ou da declaração da fallencia, fica, entretanto, subsistindo o simples contracto sem os direitos de sequela e preferencia. Nestas condições, o credor passa a ser admittido na massa como chirographario pela quantia que lhe ficou devendo o fallido.¹

350. Do mesmo modo, decretada a nullidade da transcripção da transmissão *inter vivos* relativamente á massa, o immovel volta ao patrimonio do fallido, deve ser arrecadado pelos syndicos e fica sujeito ao pagamento de suas dividas.

O adquirente é um mero credor da massa, contra a qual só lhe compete acção pessoal, para haver o preço que pagou ao fallido, até aonde chegar o producto do immovel.²

Terceiros de boa fé podem ser illudidos e a *publicidade* do registro, tão encarecida pela lei, perde a sua mais importante virtude.

O mesmo pode-se dizer das transcripções de onus reaes e de transmissões *inter vivos*.

As mais adeantadas legislações têm admittido disposição igual á do art. 29, f, do Decr. n. 917, na parte relativa á hypotheca: O Cod. Com. Francez, art. 448, 1.º alin.; Belga, art. 447; Italiano, art. 710; Roumaico, art. 723. A Lei Húngara dispõe, no art. 13: Une inscription sur les livres fonciers faite après l'ouverture de la faillite est valable si les indications et la requête nécessaire ont eu lieu au bureau du conservateur de ces livres avant l'ouverture de la faillite. Pour faire valoir un droit de gage, de rétention ou de retour l'ouverture de la faillite sur des objets ou des droit faisant partie de la masse, acquis avant l'exécution peut être commencée et accomplie après l'ouverture. Le droit acquis par le créancier, avant la declaration de la faillite, desepayer sur le gage sans decision de justice, n'est pas modifié par cette declaration>.

A lei franceza nada diz relativamente á transcripção de transmissões *inter vivos*, pensando os melhores auctores que, se o fallido aliena a titulo oneroso um immovel antes da declaração da fallencia, a transcripção pode ser feita validamente depois desta (LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7, n. 299). Se a alienação foi a titulo gratuito não pode ter logar a transcripção (Obr. cit., n. 301).

— Esta nullidade declarada no art. 29, f, é, como se disse, estatuida em beneficio da massa. Por consequinte o fallido concordatario della não se pode prevalecer contra um credor que não interveiu na concordata. NAMUR, *Code Com. Belge*, vol. 3, n. 1663.

¹ Decr. n. 917, art. 29, § 1, *in fine*.

² 'O Decr. n. 917, art. 29, § 1; Regul. n. 370, art. 234; LAFAYETTE, *Diretto das Cousas*, § 48.

ARTIGO III

Actos annullaveis a beneficio da massa

Summario. — 851. Razão de ordem. Distincção entre os actos nullos e os annullaveis.

351. O Decr. n. 917, no art. 30, tracta dos actos annullaveis somente em beneficio da massa.

A differença capital, entre os actos nullos de pleno direito em beneficio da massa (art. 29) e os annullaveis também em beneficio desta (art. 30), está expressa no próprio Decr. n. 917; para ser decretada a nullidade com fundamento no art. 30 é essencial que fique provado: ora, que o terceiro, que com o devedor contractou, conhecia o estado economico deste; ora, que o intento de ambos (credor e devedor) fora fraudar os outros credores, estabelecendo preferencias ou diminuindo a substancia do penhor commum. Para a decretação da nullidade de qualquer dos actos enumerados taxativamente no art. 29, é indifferente que o terceiro contractante tivesse ou não conhecimento do estado do devedor, ou que fosse ou não intenção deste ou do devedor fraudar os credores.

Na acção de nullidade com fundamento no art. 30 do Decr. n. 917, a prova vem a ser mais difficil do que naquella que tiver por objecto algum dos actos declarados no art. 29. Na primeira o juiz tem campo para a sua livre apreciação; na segunda, provado o facto, pedida a nullidade pela massa em seu beneficio, o juiz tem de pronunciar-a.

§ 1.º

Actos a titulo oneroso entre o fallido e o conjuge ou entre o fallido e seus parentes

Summario. — 352. Nullidade destes actos.

352. Em sua primeira parte, o art 30 do Decr. n. 917 declara annullaveis, somente em beneficio da massa, os actos a titulo oneroso, entre o fallido e o conjuge, antes ou depois do casamento, ou entre o fallido e seus parentes e affins na linha recta e na collateral até ao nu, sempre que resultar ou tiver resultado prejuizo aos credores de provar que o contractante não ignorava, na data do acto, o desig-Ifiio do fallido ou o seu estado de fallencia.

Esta disposição, traducção mutilada do art. 3, d, da lei austriaca de 16 de Março de 1884,¹ é imperfeitissima.

Em primeiro logar não taxou a epocha, dentro da qual os actos quaes se refere podiam ser annullado.

As leis austriaca (art. 3) e allemã (§ 24) marcam o prazo de um anno a contar da abertura da fallencia.

Foi intenção do legislador tornar annullaveis os actos acima referidos, qualquer que fosse a epocha em que tivessem sido realisados?

¹ O Lei Austriaca: "Art. 2.º Sont annullables: 1.º.... Art. 3.º — 2.º Les actes suivante passes durant l'année qui a précédé l'ouverture de la faillite: a) ... b) ... c) ..., d) Les actes à titre onéreux passes entre le failli et "sou conjoint (qu'ils soient anterieurs ou postérieurs au inariage), ou entre le failli et ses proches parents, toutes les fois que la conclusion de l'acte porte préjudice aux créanciers du failli et que le co-contractant ne prouve pas quil il ignorait, au moment de l'acte, le dessein du failli de faire tort à ses créanciers. — Sont ici considerés comme proches parents du failli, les personnes qui sont parentes ou alliées de lui-même ou de son conjoint en ligne directe, ou en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré".

Este art. 3, d, da Lei Austríaca é, por sua vez, quasi o mesmo § 24, n. I da Lei Allemã.

Se tal foi, porque não o disse expressamente, como fez com relação aos actos definidos no mesmo art. 30, alinea b?

Em segundo lugar: afim de ser declarada a nullidade do acto a titulo oneroso celebrado entre o fallido e o conjuge (antes ou depois do casamento), ou com seus parentes e affins na linha recta e na colateral até ao 2.º grau, é essencial que se prove:

- a) que o acto produziu prejuizo aos credores;
- b) que o contractante não ignorava na data do acto o designio e o fallido prejudicar os credores;
- c) ou, que o contractante não ignorava na data do acto o estado de fallencia do devedor.

Quanto aos dois primeiros requisitos nada ha a dizer.

Quanto ao ultimo, é injustificavel a inserção das palavras — ou seu *estado de fallencia* — que se encontram no texto da lei. Com effeito, aberta a fallencia, é ella publicada nos termos legaes, e ninguém pode vir a juizo allegar que não conhecia este facto e que em boa fé contractara com o fallido.

O art. 28, a, do Decr. n. 917 annulla *erga omnes* todos os actos do fallido depois da declaração da fallencia. Como pois o art. 30, a, permite que o conjuge do fallido ou seus parentes venham a juizo provar que não conheciam o *estado de fallencia* e que, por isso o fallido celebraram de boa fé actos a titulo oneroso?

Nem na lei austriaca, nem na allemã encontram-se as palavras ou seu estado de fallencia, que se lêem no art. 30, a, do Decr. n. 917.

§ 2.º

Actos fraudulentos (Acção revocatoria commercial)

Summario. — 353. A acção revocatoria commercial. — 354. Seus elementos essenciaes. — 355. Significação das palavras todos e quaesquer empregadas no art. 30, o, do Decr. n. 917. — 356. A disposição do 31 deste Decr. — 357. A prescrição da revogação dos actos fraudulentos. — 358. Conceito da fraude do devedor na acção revocatoria commercial. — 359. Da fraude do terceiro. — 360. Conceito da simulação e diferença da fraude.

353. Na segunda parte do art 30, o Decr. n. 917 estabeleceu a invalidade, em beneficio da massa, de todos e quaesquer actos, seja qual for a epocha em que tenham sido feitos, sem que se possa allegar prescrição ordinaria, provando-se fraude de uma e outra parte contractante.

E' como se ve, a admissão da *acção pauliana* no instituto da fallencia. Sobre a perfilhação deste remedio juridico pelo direito commercial já falámos no n. 290.

A fonte daquella disposição é o art. 828 do Cod. Com., que teve o seu complemento no Assento do Tribunal do Commercio da Capita do Imperio n. VIII de 6 de Julho de 1857.

Dispunha o Codigo: "Todos os actos do fallido alienativos de bens de raiz, moveis ou semoventes e todos os mais actos e obrigações ainda mesmo que sejam de operações commerciaes, podem ser

annullados qualquer que seja a epocha em que fossem contrahidos, emquanto não prescreverem, provando-se que nelle interveio fraude ou damno de credores.”

O Assento de 1857 declarava que, para serem annullados aquelles actos, se devia provar a fraude não só da parte contractante que tranferia como da que adquiria.

Não bastava que a lei impuzesse as penas da fallencia fraudulentas que se mancommunassem com o devedor para fraudar os credores¹ era mister fazer que, relativamente á massa, taes actos podessem Igtr invalidados para que da fraude não nascesse um direito.²

Esta invalidade tem por escopo o restabelecimento do estado de facto anterior ao acto fraudulento para evitar o prejuizo dos credores.

354. Consoante os principios de direito civil (n. 289) o Decr. n. 917 exige que se prove a fraude do devedor e do terceiro que com elle contractou, quer este terceiro seja credor quer não, afim de que o juiz decrete por sentença a revogação do acto era beneficio da massa.

Não exige, porém, que se demonstre o prejuizo que os credores soffreram com o acto fraudulento (*eventus damni*), e isto porque a fallencia, por si só, já é uma presumpção deste facto.³

355. A' primeira vista parece que o Decr. n. 917 exige a *scientia ou participatio fraudis* do terceiro que contractou com o devedor, mesmo nos actos a titulo gratuito, e isso por ter empregado a expressão

¹ Decr. n. 917, art. 81 n. HL

² A improcedencia da formação da culpa no processo da fallencia em relação ao cumplice não impede a acção revocatoria”. Acs. do Trib. do Com. da Corte, de 28 de Setembro e 9 de Novembro de 1871. Revista Juridica do Dr PERDIGÃO, de 1872, pag. 379, apud ORLANDO, Cod. Com., nota 1301.

³ O Cod. Com. da Republica Argentina dispõe no art. 1386: “La declaración de quiebra, importa la presunción de insolvencia de la masa, sin necesidad de auto especial”.

todos e quaesquer actos, incontestavelmente comprehensiva dos actos a titulo gratuito e a titulo oneroso.

Devemos, entretanto, attender a que esse Decr. visou especialmente os actos a titulo oneroso que são praticados pelo negociante na vida normal do commercio. Estabelecendo o largo prazo do art. 29, a, para a nullidade dos actos a titulo gratuito, deu-lhes golpe mortal.

356. As expressões — *todos e quaesquer actos* — comprehendem não somente os contractos, mas ainda todas as espécies de actos unilateraes praticados pelo devedor e que podem, diminuindo o seu patrimonio, crear em proveito de terceiros ou de certos credores vantagens especiaes com prejuizo dos direitos de outros credores.¹

Assim são revogáveis:

a) as alienações fraudulentas sem pagamento do preço, salvo o dinheiro já se achasse effectivamente em mãos do vendedor.;²

b) as transacções realizadas de má fé;³

c) a quitação sem pagamento real;¹

¹ ULPiano, explicando os termos do edicto pretoriano assim se exprime: Ait ergo prietor: quce fraudationis causa gesta erunt: haec verba generaha sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem fectam vel alienationem, vel quemcunnque contractum. Quodcunque igitur fraudis cansa factum est, videtur his verbis revocari, qualeounque fuerit: nam late ista verba patent". L. 1. § 2, Dig. 428. ,

- Está entendido que não são alcançados pela disposição da lei os actos pessoaes do devedor, por exemplo: o reconhecimento de um filho natural, a emancipação do filho menor, trazendo esta como consequencia a renuncia tacita do usufructo de que tracta a Ord. Liv. 4, tit. 97 § 19, etc. (Decr. n. 917, l art. 17 § 2.º). Actos dessa natureza, por mais prejudiciaes que sejam aos credores, não podem ser revogados pela pauliana. AUBRY ET RAU, Droit Civil Français, vol. 4, § 313, nota 5; LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 16, ns. 473 e 475 a 482; BALDOMERO LLERENA, Codice Civil Argentino, vol. 2, pag. 97.

² L 7 e 8, Dig. 42, 8; Decr. n. 917, art. 1, § 1, a,

³ L. 1, § 9, Dig 38, 5; Decr. n. 917, art. 1, § 1, a, c, h.

d) a transferencia de bens para nome de terceiros;²

e) a renuncia de acções e direitos;³

f) o abandono voluntario de uma cousa para que outrem a occupe e faça sua (*rem suam pro derelicto habere*);⁴

Estão, tambem, comprehendidas naquella expressão os factos negativos, isto é, os consistentes em inacção,⁵ taes como: se o devedor concorre para o mau êxito de uma demanda, já se conluindo com seu proprio devedor para perder, já cora o pretenso devedor para este ganhar, já não comparecendo em juizo no devido tempo para defender-se;⁶ se o credor de accordo com o devedor deixa prescrever o seu credito⁷ etc, etc.

357. O Decr. n. 917 dispõe, no art. 31, que podem ser annullados os actos ou contractos em que se der omissão de formalidade que, segundo a lei, for necessaria para adquirir, conservar ou fazer valer direito, ou cujo cumprimento deveria ter logar por ordem judicial em prazo determinado, provando-se em qualquer dos casos que houve proposito de prejudicar os credores.

Este artigo reproduz uma disposição de direito civil relativa á ação pauliana ou revocatoria, e no n. 355 *supra* vimos que, na expressão generica do art 30, b, todos e quaesquer actos, se comprehendem os

¹ L. 17, Dig. 42, 8.

² Decr. n. 917, art. 1, § 1, d, e art. 79, c, § V.

³ L. 5, Dig. 42, 8.

⁴ Por exemplo, se o devedor para fraudar os seus credores, de accordo com o seu proprio devedor, desiste de uma hypotheca que tinha para a sevir de segurança do seu credito. L, 2, Dig. 42, 8.

⁵ PAULO, na L. 4, Dig. 42, 8: "in fraudem facere videri etiam eum, qui non facit, quod debet facere ..."

⁶ L. 3 § 1, Dig. 42, 8: "... verum etiam si forte data opera ad iudicium non adfuit..."

⁷ L. 3 § 1, Dig. 42, 8: "... vel a debitore non petit, ut tempore liberetur..."

actos negativos ou as omissões do devedor, desde que haja fraude das partes contractantes. *In fraudem facere videtur, qui rum facit quod debet facere*: diz PAULO na L. 4, Dig. 42, 8.

O art 31 do Decr. n. 917 é também reprodução mutilada do art 13 da lei austriaca, e podia bem ser dispensado por se achar a sua matéria comprehendida na disposição do art 30, b.

O art 13 da lei austriaca é concebido nos termos seguintes: “Podem ser objecto de uma acção de nullidade, conforme os arts, 2 e 3:

a) a recusa de o fallido acceitar uma successão ou legado;

b) a sentença civil proferida contra o fallido, por não ter este se defendido ou usado de meios convenientes de acção ou de defesa que tinha á sua disposição;

c) a omissão de uma formalidade que, segundo a lei, for necessaria para adquirir, conservar ou fazer valer direito, ou cujo cumprimento deveria ter logar por ordem judicial, em prazo determinado”

JULES CHALLAMEL, annotando esta disposição, escreve: Este artigo não existia no projecto primitivo do governo; é devido á iniciativa da comissão da camara dos deputados.

Em Direito Romano, o pretor dava a *acção pauliana*, contra aquelles que fraudulentamente houvessem deixado de fazer certos actos que poderiam evitar prejuizo; a perempção de uma instancia; a prescrição de um credito, a extinção de uma servidão pelo não uso, podiam servir de causa á acção (L. 3 §§ 1 e 2; L. 4 Dig. *quce in fraud. credit*). Entretanto a exposição de motivos dá testemunho da hesitação que trouxe aos redactores do projecto de lei esta restauração de um principio antigo, de ha muito abandonado pela legislação austriaca.

O desejo de assegurar a repressão de todas as fraudes acabou por vencer-a; as omissões (*Unterlassungen*) e os actos (*Rechtshandlungen*) serão passíveis da acção de nullidade".¹

Ora, os motivos, que militaram no espirito do legislador austriaco para incluir na lei de 1884 a disposição do art. 13, não prevalecem em nosso direito que, em materia de revogação de actos fraudulentos do devedor, seguiu sempre o Direito Romano.

358. O Decr. n. 917 declara annullaveis os actos fraudulentos do devedor *seja qual for a epocha em que tenham sido feitos, desde que se lhes não possa oppor prescrição ordinaria.*

Qual é essa prescrição ordinaria?

Entendem uns que o Decr. n. 917 se refere á prescrição estabelecida pela lei civil para a acção pauliana ou revocatoria. O Direito Romano, subsidiario do nosso, marcava o prazo de um anno.²

Entendem outros que a prescrição ordinária é a que cabe acções segundo a natureza dos títulos sobre que se fundam. Assim, se o acto a annular é uma obrigação mercantil contrahida por escriptura publica ou particular, prescreve em 20 annos (Cod. Com. art 442); se uma letra, em 5 annos (Cod. Com, art. 443), etc. etc.

O art. 30, b, do Decr. n. 917 teve a sua fonte na disposição do art 828 do Cod. Com. (n. 353), e sob o dominio desta disposição sempre se entendeu que a acção revocatoria commercial prescrevia no prazo de um anno.³ Parece-nos que o Decr. cit., empregando as palavras *prescrição ordinaria*, se refere á prescrição que o direito civil estabelece

¹ Annuaire de Legisl. Etrang., 1885, pag. 295.

² L. 1 e 10, Dig. 42, 8.

³ CORRÊA TELLES, Dout. das Acções ed. T. DE FREITAS, nota 174.

para a acção pauliana, e não á prescrição marcada para as acções correspondentes aos titulos sobre que se fundam.¹

A maior dificuldade é saber desde quando começa a correr esse anno.

No Direito Romano o prazo para a prescrição da actio pauliana) contava-se da bonorum renditio² pois só então era possível verificar o valor exacto do activo do devedor e o prejuizo que experimentavam os credores.

Em nosso direito civil começa-se a contar este prazo desde que os credores podem intentar acção, isto é, depois que, excutido, o devedor se acha não ter com que pagar.³

Applicando este criterio ao instituto da fallencia, temos que o anno para a prescrição da acção revocatoria começa a contar-se desde que o activo da massa é definitivamente liquidado e se verifica de modo real e certo a insolvencia do devedor.

A fallencia traz a presumpção da *insolvencia* (n, 354); por isso decretada aquella, pode ser desde logo intentada a acção, revocatoria. Mas, como são cousas diversas a *fallencia* e a *insolvencia*, (pode-se dar o caso de um fallido completamente solvente, n. 18), o prazo da prescrição

¹ A Lei Federal Suissa de 1889, no art. 292, estabelece o prazo de 5 annos, a contar da data do acto viciado para a prescrição da acção revocatoria.

Na Italia, a doutrina e a jurisprudencia têm firmado em 30 annos. GIORGI, Obbligazioni, vol. 2, n. 360; MAIERINI, La revoca degli atti fraudolenti, n. 112.

Na França e na Belgica, também a doutrina e a jurisprudencia tem estabelecido o prazo de 30 annos. LAURENT, Principes de Droit Civ., vol. 16, n. 467.

Na Austria, a Lei de 1884, art. 27, marca o prazo de um anno a contar do dia da declaração da fallencia.

Na Hungria, a Lei de 1881, art. 37, marca o prazo de 5 mezes a contar tambem do dia da declaração da fallencia.

² SALIVAS ET BELLAN, Droit Romain, vol. 2, pag. 469; VAINBERG, La Faillite d'après le droit roumain, pag. 203; BONJEAN, Traité des actions, vol. 2, § 281.

³ CORRÊA TELLES, Doutr. das Acções ed. TEIXEIRA DE FREITAS, nota 174.

da acção revocatoria deve ser contado do dia em que ficar legalmente verificada a *insolvencia*.

358 bis. Aqui se offerece occasião de tractar do conceito da fraude exigida para a acção revocatoria commercial.

Geralmente, a fraude consiste em machinações dolosas empregadas para enganar aquelle com quem se contracta;¹ mas esta não é a fraude especifica naquella acção.²

Quanto á fraude do devedor:

AICARDI, precisando o conceito da fraude na *revocatoria commercial*, define-a do seguinte modo: “a intenção ou de violar o preceito ethico-juridico que manda, em geral, não frustrar as garantias patrimoniaes, para o cumprimento exacto das obrigações, ou de violar o principio segundo o qual, na imminencia da fallencia, não se deve tornar impossivel a applicação do principio da proporcionalidade e collectividade do pagamento dos credores”.³

O conceito da fraude na acção *revocatoria commercial* é, pois, o mesmo da *acção pauliana* no direito civil (n. 289).

LAURENT, apreciando o oaracter desta fraude, ensina:

¹ LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 16 n. 441; SOLON, Nullités, vol. §1, ns. 227 e 228.

² Vide senteneça do Dr. MACEDO SOARES, n'O Direito, vol. 47, pag. 267, 8.º considerando.

³ Revoca degli atti fraudolenti, n. 90.

—O mesmo dizem CUZZERI, 11 Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 7. n. 219;

MASI, Del fallimento, vol. 1, pag. 383.

— BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, pag. 487, escrevem: “Il nest pas nécessaire que le préjudice á causer à l'ensemble ou à une partie des créanciers ait formé le but unique, ni même le but principal de l'acte; il suffit, pour quil y ait intention de nuire, que le débiteur se soit rendu compte du préjudice que son acte devait vraisemblablement causer aux créanciers et qu'il ait fait, le sachant et le voulant, bon marché de cette consideration (dolus eventualis).

—MASSE, Le Droit Com., vol. 2, n. 1216: “Esta fraude pode resultar da unica intenção de romper a lei de egualdade entre os credores.”

“O devedor não pratica um dolo, elle a ninguém engana, nem mesmo se pode dizer que obra unicamente com a intenção de prejudicar aos seus credores, isto é, que tal seja o seu unico fim; a intenção de prejudicar pode existir, existirá mesmo muitas vezes, mas não se a exige para que proceda a acção pauliana; basta o prejuizo causado scientemente; ha então fraude, no sentido de o devedor ter faltado á boa fé que devia presidir á execução dos seus contractos. Está subentendido que a boa fé exclue qualquer idéa de fraude. Os homens illudem-se muitas vezes a respeito de seus recursos, consideram-se em boas condições quando já se acham insolvaveis ou vão a caminho da insolubilidadade. Quem pratica um acto sem saber que está insolvavel, ou que virá a sel-o em razão do contracto que se propser a fazer, não é culpado de fraude; consequentemente não cabe no caso a acção pauliana.”¹

Assim pois, constituo materia de defesa excepiendo, na acção revocatoria commercial, a allegação e prova, por factos certos, que o devedor estava de boa fé, que se illudiu sobre o resultado do acto, e que tendo consciencia da diminuição que trazia, momentaneamente, ao seu patrimonio, esperava no futuro obter, com o acto praticado, beneficios ou vantagens; tal seria o caso de um devedor que vendesse um immovel por

¹ LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 16, n. 441.

— A doutrina que expomos sobre a fraude pauliana está expressamente consignada no Direito Romano.

Lucio Ticio, sabendo ter credores, deu a alguns libertos, que eram também seus filhos naturaes, todos os bens que possuia (*universos res suas*).

JULIANO responde: Quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse”. L. 17, § 1, Dig. 42, 8.

— TOULLIER, Droit Civil Français, vol. 3, pag. 225, n. 349: Il y a dessein de frauder lorsque le débiteur connaît le mauvais état de ses affaires; il sait qu'il est insolvable et que l'acte qu'il se propose de faire va augmenter son insolvabilité et néanmoins il le fait; ou il sait que l'acte qu'il va faire le rendra insolvable et néanmoins il le fait; il lèse donc les droits de ses créanciers le sachant et, par conséquent, le voulant: telle est la fraude que l'on exige dans l'action paulienne”.

baixo preço para empregar o producto era uma especulação que reputava excellente.¹

359. Quanto á fraude do terceiro contractante:

A prova desta fraude é exigida somente para a revogação de actos a titulo oneroso e não de actos a titulo gratuito (n. 289).

Qual o seu conceito nos actos a titulo oneroso?

O terceiro não pode ter o alvo de subtrahir coisa alguma aos credores da pessoa com quem contracta; a sua fraude concretisa-se na *má fé*, isto é, na sciencia da fraude posta em acção pelo dever² *fraudis non ignorantia ex parte tertii* (n. 289).

E a esse proposito pondera muito bem BREZZO: "*a fraudis participatio* não se harmonisa com a sciencia generica de o contractante ter debitos, mas com a sciencia especifica da fraudulenta diminuição matrimonial, a que tende o acto realizado".³

Com effeito, o terceiro contractando com o devedor podia estar de boa fé embora conhecesse o seu máu estado economico, e quantas vezes não vemos terceiros virem em auxilio de um negociante quando à fallencia deste está ás portas, com o intento de evitar a catastrophe imminente?

Não seria attentar contra os princípios de equidade e justiça fazer este terceiro cúmplice de uma *fraude* onde falta a má fé?

¹ BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, pag. 487.

² Esta doutrina é confirmada pela lei 10, § 2, Dig. 42, 8, como se das palavras seguintes: " non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est".

³ *La retoca degli atti fraudolenti*, pag. 118.

Devemos, porém, acceitar a doutrina exposta com a máxima cautela.

Se o terceiro tem conhecimento do estado ruinoso, do estado de insolvencia do commerciante e com elle contracta actos que podem ser prejudiciaes aos credores deste, tem contra si a presumpção de fraude, um indicio poderoso que, com muita probabilidade, faz crer na existencia da má fé.

Embora não exista entre o conhecimento do estado ruinoso do devedor e a má fé do terceiro nexo necessario, existe, na phrase de AICARDI, um nexo provavel. Aquelle facto deve pôr em guarda a pessoa, que contracta com o devedor na imminencia da fallencia, e estimular a indagar quaes as intenções do devedor, sendo certo que pouca diligencia basta para tudo descobrir.¹

360. Não se deve confundir a *fraude* com a *simulação*.²

A simulação consiste no disfarce ou aceitação da verdade, dando uma das partes ou ambas ao acto apparencias diversas da realidade.³

Ordinariamente se divide a simulação em *absoluta* ou *total* e *relativa* ou *parcial*.

A primeira apparece naquelles actos que as partes tiverem celebrado sem intenção de realizar o acto apparente ou qualquer outro,¹

¹ La revoca degli atti fraudolenti, n. 97.

² TEIXEIRA DE FREITAS, Oonsol. das Leis Otvis, nota 17 ao art. 358: “.Nao i;se deve confundir a simulação fraudulenta com a fraude, posto que estes dois poios sejam análogos, e se distingução do erro, dolo, e coacção ou violencia; porque tendem ao prejuizo de pessoa, que não intervem no contracto, quando ha simulação fraudulenta, as partes fazem apparentemente um contracto, que não tinham intenção de fazer. Quando ha fraude, o contracto é verdadeiro, mas feito para prejudicar a terceiro ou evitar impostos, ou illudir qualquer disposição da lei”.

³ RIBAS, Direito Civil Braz., vol. 2, pag. 370.

como por exemplo: quando o devedor, com o fim de desviar os seus bens da garantia dos credores, os vende a uma pessoa que tem de conservá-los. Taes actos, na phrase de D'ARGENTRÉE, *colorem habent, substantiam vero nullam*, ou, na de BALDO, *são corpus sine anima, extrinsecus apparens, intrinsecus nihil habens*.

A segunda ha quando as partes tiverem disfarçado o acto na intenção de realisarem outro de diversa natureza,² como por exemplo: - uma doacção com a mascara do contracto de compra e venda. Relativamente a taes actos deveria dizer-se: *colorem habent, substantiam vero alteram*.

Uma e outra especie de simulação encobrem, ordinariamente, uma intenção immoral e injusta; mas, nem sempre isso se dá, podendo muito bem simular-se um acto sem intenção de violar a lei ou de offender direito de terceiros.

Se a simulação é absoluta, o acto é inexistente, e como tal não produz effeitos; é um acto imaginario, e segundo MODESTINO na L. 54 Dig.44, 7: "*contractus imaginarii juris vineculum non obtinent, quum fides facti simulatur non intercedente veritate*."

Se a simulação é relativa, a falsa apparencia dada ao acto pelas partes não tem valor juridico, subsistindo somente aquillo que realmente foi a intenção das mesmas partes: *plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur*, Cod. IV, 22. LV dahi chamar-se esta especie de simulação: *innocente*. Neste caso, para julgar se o acto é ou não válido, deve-se examinar a verdadeira natureza, removendo as falsas

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Esboço do Cod. Civil., art. 522, n. 1.

² TEIXEIRA DE FREITAS, Esboço do Cod. Civil., art. 522, n. 2.

apparencias: *in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspicet debet*. Cod. L. 1. 4. 22.¹

Conhecidos os conceitos da simulação e da fraude exigida para a revogação dos actos do devedor na fallencia, pode-se fazer a exacta distincção.

Quando ha fraude, o acto ou contracto é verdadeiro e correspondi á intenção das partes, que é prejudicar terceiros ou illudir a disposição da lei. O acto continua a existir não obstante golpeado pela acção revocatoria commercial; não fica invalidado relativamente ao cumplice do failido, pois a funcção especifica daquella acção não é invalidar em absoluto, ou melhor, declarar não existente o acto praticado pelo devedor, mas estatuir a isenção dos credores das consequencias civis do acto *válido em si* (n. 284); a annullação não é *erga omnes*, mas relativa e limitada ás relações existentes entre o fraudator e seus credores; o acto é annullavel, diz o Decr. n. 917, era beneficio da massa.

Quando se tracta de annullar actos simulados, os credores procuram somente o restabelecimento da verdade. Na expressão de LAROMBIÈRE: "Ils demandent que l'acte apparent soit annullé, pour en revenir à ce qui est, á ce qui n'a pas cessé d'être un seul instant. Ils demandent que la dissimulation soit percée à jour, le déguisement démasqué, la simulation decouverte. C'est une masque, un voile qui couvre et cache la verité; ils le brisent et l'enlèvent: voilà tout."²

Conclue-se do que fica dito: o escopo da acção revocatoria é invalidar relativamente á massa actos seriamente realizados, porem maculados pela fraude; o escopo da acção de simulação é, conforme indica a palavra, declarar simulados actos cuja apparencia é contraria á realidade.

¹ Cod. Civil Allemão, art. 117, 2.º al. "Se um contracto apparente occulta um outro acto juridico applicam se as disposições relativos ao acto occulto.

² Theorie et Pratique des Obligations, vol. II, sobre o art. 1167, n. 63.

Antes de deixar este assumpto devemos advertir que, quanto ao mesmo acto, se pode pedir a nullidade por ser simulado e a revogação por ser fraudulento, desde que se tracte de simulação relativa. Exemplo: no caso de venda simulada, pode-se pedir que o juiz declare que o acto é na realidade doação, e nessas condições a invalide por se achar fulminada pela lei.¹

ARTIGO IV

Efeitos juridicos da invalidade dos actos do devedor

Summario. — 361. Efeitos da invalidade.

— 362. Razão de ordem.

361. Na determinação dos efeitos juridicos da *invalidade*² dos actos do devedor na fallencia, assumpto a que o Decr. n. 917 reservou os arts. 33 e 34, foram adoptados muitos principios do Direito Romano relativos á *pauliana actio*.

No n. 300 já dissemos sobre os efeitos do acto absolutamente nullo; falaremos agora dos efeitos do acto invalidado a beneficio da massa.

A revogação desse acto tende a *isentar* a massa dos efeitos que d'elle decorrem. E' intuitivo, pois, que, relativamente á massa, deve

¹ BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, pag. 486, n. 4: " L'action révocatoire pourra être dirigée contre l'acte dissimulé sous l'acte simulé, par exemple, oontre la donation qui se présenterait sous le faux aspect d'une vente fictive". -

— A accumulacão das acções de simulacão e de revogacão tem sido contestada por alguns, sob o fundamento de serem inconciliáveis e incompatíveis, visto como na acção revogatoria se affirma e na de simulacão se nega a realidade do acto.

Isso procede quando se tracta de simulacão absoluta, mas nao de simulacão relativa, onde na realidade existe um acto que, segundo os principios de direito, tem uma natureza que a astucia das partes alterou.

² A invalidade do acto juridico ou é nullidade ou annullabilidade (WINDSCHEID, Pandek., § 70). Empregando a expressão invalidade abrangemos não só a nullidade dos actos definidos no art. 29, como a annullabilidade dos comprehendidos no art. 30 do Decr. n. 917.

tudo voltar á situação em que se acabava antes do acto invalidado, ao estado quò ante.¹

Assim, se o terceiro recebeu do devedor, em virtude do acto invalidado, bens ou dinheiro, deve restituil-os á massa, e, assumindo a sua posição anterior, concorrer a esta como credor chirographario, reivindicante ou privilegiado, conforme a natureza do credito;² se foi invalidada uma remissão de debito, a obrigação extincta revive com todas as suas modalidades, isto é, com a condição, se a obrigação era condicional, com o prazo se era contractada *in diem*;³ se se tracta de uma hypotheca ou qualquer outra garantia real, desaparece o direito de preferencia por ella estabelecido; se da constituição de um direito em vantagem de terceiro, relativamente á massa ficará extincto este direito.

362. Para methodisar a exposição estudaremos os effeitos da invalidade já com relação á massa, já com relação aos terceiros.

§ 1.º

Quanto á massa.

Summario. — 363. Restituição por parte da massa. — 364. Indemnisação de bemfeitorias.

¹ O Decr. n. 917, arg. do art. 34, § 3.

—Era esse o conceito fundamental da pauliana actio expresso por ULPIANO, na L. 10, § 22, Dig. 42, 8, nas seguintes palavras: "Preaterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statuim, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset."

² Decr. n. 917, art. 34; § 3.

—Lei allemã, art. 30, 1.º ai.: "O que foi alienado, dado ou retirado do patrimonio do devedor commum por effeito do acto juridico contestado dever ser restituído á massa". Lei austriaca de 1884, art. 17 pr. "Qualquer parte dos bens do fallido que tiver sido alienada, doada ou abandonada pelo acto annullado, volta á massa da fallencia".

³ L. 10, § 14, Dig. 42, 8: "Exitus autem actionis erit, ut stipulatio, quae accepta facta fuerat, ex integro interponatur".

363. A invalidade repondo tudo ao anterior estado de direito, a massa restituirá o que tiver sido prestado pelo contractante, quer estivesse elle de boa quer de má fé.¹ Annullada a venda, por exemplo, o comprador pode exigir da massa a restituição do preço.

Ve-se ahi a applicação rigorosa do principio: ninguém se deve locupletar com o alheio (n. 47). Não seria licito que a lei, invalidando o acto para evitar prejuizo á massa, concorresse para damnificar o terceiro e enriquecer a massa á custa deste.

O contractante será admittido como credor chirographario,² e se não houver integralmente o que prestou *sibi imputei*; é a consequencia de sua temeridade. *Id quoc quis sua culpa damnum sentit, non videtur sentire*.

Se do acto ou contracto invalidado a massa não auferiu vantagem, desaparece a razão de ser da restituição.³

364. O terceiro contractante pode exigir da massa indemnisação das bemfeitorias feitas na cousa a restituir?

Parece-nos que sim. A massa deve restituir ao terceiro, de boa ou má fé, o valor das bemfeitorias *necessarias* e *uteis*, regulado pelo custo, se este é inferior ao valor actual; ou pelo valor actual, se é superior o custo. O terceiro perde as bemfeitorias *voluptuarias*, salvo se sem damno da cousa poder retiral-as.

Taes são as regras que predominam nas acções de reivindicação.⁴ e que devem ser aqui applicadas (n. 365 *infra*). As bemfeitorias *necessarias* e *uteis* redundam em proveito real da massa,

¹⁻²⁻³ Decr. n. 917, art. 34 § 2.

Lei allemã, § 31: "Nas obrigações bilateraes o que for prestado pelo contractante deve ser restituído pela massa, sempre que a cousa se ache nesta, ou que a massa tenha com ella auferido vantagem. Alem deste limite o direito pode se tornar effectivo somente como credito concorrente".

⁴ LAFAYETTE, Direito das Cousas, § 85; CORRÊA TELLES, Dout. da Aç.

trazem vantagem aos credores do fallido, se o acto for invalidado e a coisa bemfeitorisada tiver de entrar para massa. Ninguem se deve locupletar a custa alheia (n. 37).

§ 2.º

Quanto ao terceiro contractante

Summario. — 365. Averiguação da boa ou má fé do devedor para determinar os efeitos da invalidade. — 366. A responsabilidade do terceiro de má fé é regulada pelos principios das obrigações ex-delicto. — 367. Como deve ser feita a restituição. — 368. Impossibilidade da restituição *in specie*. — 369. Accessões, fructos e reparação de danos. — 370. Restituição de dinheiro. — 371. A responsabilidade do terceiro de boa fé. — 372. Restituição dos fructos. — 373. Nos actos a titulo oneroso. — 374. Continuação. — 375. Nos actos a titulo gratuito. — 376. Continuação. — 377. Acção de perdas e danos do terceiro de boa fé contra o fallido.

365. No systema do Decr. n. 917 muitos actos são considerados nulos de pleno direito independentemente da prova de má fé, connivencia ou fraude de terceiro; não obstante isso, é mister averiguar a boa ou má fé com que este terceiro se conduziu, afim de precisar os efeitos da invalidade.

A massa dos credores, recuperando aquillo de que tinha sido indevidamente privada, reivindica. Não causará, pois, surpresa dizermos desde logo que os effeitos da invalidade do acto, ou melhor da acção revocatoria ou de nullidade na fallencia, são identicos aos da acção de reivindicação.¹

A

Má fé do terceiro

366. Provada a má fé do terceiro, seja o acto a titulo gratuito a titulo oneroso, a sua responsabilidade é *in genere* regulada pelos principios que regem as obrigação que nascem *ex-delicto*.²

367. Tractando-se de cousa individualmente determinada, deve ella ser restituida a massa:

a) *in specie*, isto é, a propria;

b) *cum omni causa*, isto é, com todos os accessorios.³

¹ AUBRY ET RAU, Droit Civil Français, vol. 4, § 313, pag. 142: "Quoique l'action paulienne, dirigée contre un acte d'aliénation, diffère essentiellement de la revendication, quant à son fondement et quant à son object, elle est cependant, en ce qui concerne les fruits perçus par le défendeur, les ameliorations qu'il a faites, ou les dégradations qu'il a commises, régie par des règles analogues a celles qui sont admises en matière de revendication".

Levado por estas considerações o eximio TEIXEIRA DE FREITAS, addindo á Doutrina das Acções de CORRÊA TELLES, alistou a acção pauliana entre as acções de dominio, accrescentando que era uma acção reivindicatoria porque se deve entender figurar nella o credor defraudado como representante do adquirente defraudador (§ 38 e notas 104 e 164).

O nosso grande Jct. parece ter-se enganado. A pauliana nada tem de commum como a reivindicacópria; o seu alvo é tornar invalido para com terceiro, que é o credor prejudicado, um contracto que fica subsistindo entre as partes que o celebraram. O fundamento da panliana é a fraude do devedor e a do terceiro. O mesmo se não pode dizer da acção de reir indicação. Vide ILAOKENT, Principes de Droit Civil, vol. 16, n. 492.

² GIORGI, Obbligazioni, vol. 2, n. 332; MAIERINI. Della revoca degli atti fraudolenti, n. 96. m .

³ Decr. n. 917, art. 83.

368. Se a restituição *in specie* torna-se impossível,¹ o terceiro responde pelo id quod interest, isto é, fica obrigado á indemnisação,² ainda que a coisa se deteriorasse ou se perdesse por caso fortuito.³ A indemnisação determinar-se-á pelos principios geraes de direito, tracte-se de dar valor á coisa principal, ou aos seus augmentos, isto é, accessões e fructos naturaes e civis.

369. *Cum omni causa restituere* quer dizer, não só restituir a coisa, mas tambem prestar á massa tudo aquillo que o fallido teria tido se o terceiro não houvesse retido a coisa.⁴

A' *causa rei* pertencem:

a) As *accessões*: tudo o que corporea ou incorporeamente se juncta exteriormente á coisa, e que, já em virtude de forças naturaes, já em virtude da vontade do homem, se une tanto á coisa que deve ser considerada como parte e dependencia desta.⁵

b) Os *fructos* civis e naturaes. Entende-se por fructo, na acepção mais lata, toda a utilidade ou rendimento que se pode tirar de qualquer coisa, como: juros, rendas, alugueis, etc. etc.⁶ Provada a má fé

¹ A restituição da coisa pode-se tornar impossível: pelo perecimento della; por ter sido consumida; pela transformação por trabalho que destróe a sua primeira forma; ou finalmente pela perda da posse. LAEYETTE, Pir. da* CSMOO", § 84, n. 4.

² Decr. n. 917, art. 33.

³ Pelos danos resultantes de caso fortuito ou força maior, ninguém é responsável. ULPiano, na L 23, Dig. 15, . 17. Mas se o caso fortuito é provocado ou determinado por dolo ou culpa anterior da parte, ou ache em mora, é ella responsável pelo dano d'elle proveniente. legislação civil temos a Ord. Liv. 4, tít. 63. § 3, e na commercaal o art. 17 ao Cod., dispondo sobre casos desta responsabilidade. Vide LAFAYETTE, Utr. am Cousas, § 84.

⁴ MACKELDEY, Droit Rom., § 159.

⁵ MACKELDEY, Droit Rom., § 159; LAFAYETTE, Dir. das Cousas, § 38 e segs.

⁶ COELHO DA ROCHA, Direito Civil, § 83.

do terceiro, sua connivencia, fraude ou conhecimento do estado 'do devedor, deve aquelle restituir até mesmo os fructos percipiendos.¹

c) *A reparação dos damnos causados á cousa.*²

370. Se a restituição a fazer for de dinheiro, o terceiro deve restituil-o com os juros legaes desde o dia em que o teve em seu poder, voltando á situação de direito que gosava antes de realizar o acto invalidado. Ex: se era credor do devedor, reassumirá o seu estado anterior de direito e participará dos dividendos;³ se privilegiado, continuará a sel-o na fallencia.

O espirito e fim da lei são, como se ve, restabelecer o antigo estado, evitando qualquer prejuízo á massa; a restituição deve ser completa.

B

Boa fé do terceiro

371. O terceiro de boa fé é obrigado tambem a restituir a cousa, ou a indemnisar o seu valor quando não possa restituil-a *in specie*.

372. Quanto á restituição dos fructos a sua posição é inteiramente diversa da do terceiro de má fé.

Para os effeitos desta restituição temos a distinguir os actos a titulo oneroso dos actos a titulo gratuito.

¹ Decr. n. 917, art. 34 pr. E' esta tambem a doutrina que prevalece na acção pauliana. L. 10, Dig. 42, 8.

² GLUCK, Pandek., vol. 6, § 588; L. 13, Dig. 6, 1.

³ Decr. n. 917, art. 34 § 3.

373. Invalidado o acto a *titulo oneroso*, o terceiro de boa fé restitue:

a) os fructos pendentes ao *tempo da celebração do acto*, os quaes representam trabalho ou esforço pessoal do devedor;

b) os percebidos depois da propositura da *acção de nullidade*.¹

Logo que o possuidor de boa fé recebe a citação para responder aos termos da acção revocatoria ou de nullidade, é tido como administrador rei eventualiter alienae, e por isso em quanto ao dolo e á culpa fica em posição igual ao *malce fidei possessor*, a lei desde este momento o considera um *predo*.²

374. A contrario sensu: o terceiro do boa fé faz-se proprietario e não restitue os tractos percebidos, nem os consumidos.

A diversidade de tractamento entre o terceiro de boa fé e o de má fé, quanto á restituição dos fructos, tem o seu fundamento não só na convicção em que está aquelle de que a coisa lhe pertence e como tal a guarda, defende, cultiva e melhora (*pro cultura et cura*), mas especialmente na necessidade de evitar a sua ruína injusta.³

375. Invalidado o acto a titulo gratuito, o terceiro somente restitue — *quatenus locupletior factus est* — isto é, aquillo com que augmentou o seu patrimonio por effeito da doação.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 34 pr. As expressões *em todo o caso*, empregadas na 2.º parte deste artigo, referem-se ao caso de boa fé, pois, relativamente ao de má fé, a lei dispoz especialmente na 1.º parte.

² GLUCK, Pandek., vol. 6, § 588.

³ DALLOZ, Repert., verb. Propriété, n. 289.

⁴ Decr. n. 917, art. 34, § 1.º,

—Lei allemã, § 3.º, 2.º ai “Aquelle que em boa fé recebeu alguma coisa a titulo gratuito, é obrigado á restituição somente dentro dos limites do enriquecimento”.

—Lei austriaca, art. 291, 3.º ai.: “O donatario de boa fé restitue somente a importancia com que se enriqueceu”.

Se, pois, o terceiro nada lucrou com o acto ou contracto a titulo gratuito, restitue simplesmente a coisa doada.

376. Comquanto o Decr. n. 91 não o diga expressamente, do seu espirito decorre o principio de que o terceiro de boa fé não responde pelas perdas e deteriorações por caso fortuito ou mesmo por negligencia, desde que esta não tenha logar depois da propositura da acção.

Tal é a regra predominante nas acções de reivindicação.¹

377. Garante a lei aos terceiros de boa fé a acção de perdas e danos a todo o tempo contra o fallido.² Este pode se rehabilitar a collocar em condições prosperas de fortuna. Justo é que indenminise o terceiro de boa fé pelas perdas e prejuizos que lhe vierem da invalidade do acto.

ARTIGO V

Meios Judiciaes para invalidar, em beneficio da massa, os actos eivados de nullidade de pleno direito ou os annullaveis

378. A invalidade do acto pode ser allegada:

- a) por acção (acção revocatoria ou de nullidade);
- b) por excepção;
- c) por embargos na execução.³

¹ LAFAYETTE, Dir. das Cousas, § 84: CORRÊA TELLES, Dout. das Acç., & 39, nota 119.

² Decr. n. 917. art. 34, § 3.

³ Decr. n. 917, art. 35 pr. Este art. não incluye a excepção, mas está ella ahi comprehendida implicitamente.

Pelo primeiro meio a massa obra directamente promovendo na qualidade de auctora a decretação judicial da invalidade do acto ferido pela lei, ou maculado pela fraude.

Pelo segundo e terceiro cila procura, em defesa, isentar-se dos efeitos do acto.

A execução a que acima nos referimos é a existente contra o fallido ao tempo da declaração da fallencia, e muito especialmente a descendente de reivindicação (n. 206).

Alem destes meios o Decreto n. 917, no art. 35 § 3.º, permite o uso do interdicto *fraudatorium*.

§ 1.º

Normas especiaes sobre a acção revocatoria ou de nullidade

Summario. — 379. Rito summario da acção revocatoria ou de nullidade. 380. E' processada perante o juiz da fallencia. — 381. Assistencia por parte de qualquer credor. — 382. A compensação e a reconvenção. — 383. Appellação e seus efeitos.

379. *A acção revocatoria ou de nullidade será summaria.*¹

A vantagem do processo summario está na simplicidade do rito judiciario, isto é, na brevidade das formulas e na celeridade da decisão.

O processo summario está regulado no Regul. n. 737, arts. 237 a 244.

¹ Decr. n. 917, art. 35, § 1 pr. Identica disposição na lei austriaca de 1884, art. 47.

380. *A acção deve ser processada perante o juz da fallencia.*¹

A fallencia é uma execução geral sobre os bens do devedor; no juizo desta execução tudo se concentra e resolve (n. 199).

381. *Qualquer credor poderá intervir como assistente.*² Têm no caso inteira applicação as disposições dos arts. 125 e 126 do Regul.n. 737.

382. *A' acção de nullidade não pode ser opposta compensação ou reconvenção.*³ Esta acção tende a restabelecer o estado quo antè ao acto impugnado, isentando a massa dos effeitos juridicos que deste acto decorreriam se impugnado não fosse.

Na fallencia não sé dá a compensação (n. 214). Invalidado o acto, e se for caso de restituição por parte da massa, será ella feita como ficou exposto no n. 363.

O mesmo se pode dizer da reconvenção, que importa um demanda contra a massa.

383. A appellação terá ambos os effeitos.⁴ Excepção á regra geral estabelecida no art 652 do Regul. n. 737, segundo a qual nas acções summarias o effeito da appellação é simplesmente devolutivo.

¹ Decr. n. 917, art. 35, § 1, a.

² Decr. n. 917, art. 35, § 1, c.

³ Decr. n. 917, art. 35, § 2. Esta disposição tem por fonte o art. 26 da lei austriaca de 1884.

— A reconvenção differe da compensação; esta dá-se nas dividas liquidas, e só produz effeito até á concorrente quantia do pedido na causa pelo auctor; aquella tem logar até nas dividas illiquidas e pede tudo o que o auctor deve ao réo. PEREIRA E SOUZA, Primeiras Linhas, ed. TEIXEIRA DE FREITAS; vol. 1 nota 356; CHAVES E CASTRO, Reforma do Processo Civil Portuguez, pag. 169.

⁴ Decr. n. 917, art. 35, § 1, b.

§ 2.º

Por quem e contra quem deve ser promovida a acção revocatoria ou de nullidade

Summario. — 384. Por quem deve ser proposta a acção revocatoria ou de nullidade. Silencio do Decr. n. 917. A questão no direito civil — 385. A questão no instituto da fallencia. — 386. Os dois systemas no regimen do Cod. Com. — 387. O Decr. n. 917 não solveu a questão, mas da seu espirito decorre que somente os syndicos podem promover aquella acção. — 388. Resposta a duas objecções. — 389. Contra quem vai ser intentada a acção. — 390. Duas ordens de terceiros. — 391. Terceiros immediatos. — 392. Terceiros mediatos. — 393. Os terceiros podem ser pessoa physica ou juridica.

A

Por quem

384. O Decr. n. 917 não diz por quem deve ser promovida a acção revocatoria ou de nullidade.

Em direito civil a faculdade ou o direito de propor a acção pauliana cabe somente aos credores anteriores ao acto que se procura invalidar; os credores *posteriores* não podem movel-a, pois o acto não lhes trouxe *prejuizo*, e sem *interesse* não ha acção (n. 289).

A jurisprudencia, porém, tem admittido que se o acto for praticado pelo devedor não só era fraude de seus credores actuaes, mas tambem com o intento de enganar futuros credores, a acção pauliana pode ser proposta em juizo pelos credores posteriores.¹

Invalidado o acto fraudulento, o bem alienado volta, por uma ficção legal,² ao patrimonio do devedor, e o credor que intentou a acção não adquire por isso privilegio nenhum.

Todos os credores anteriores e posteriores ao acto invalidado ficam com o mesmo direito sobre o objecto que reentrou no patrimonio do devedor.³

385. Em direito commercial, no instituto da fallencia, a questão toma um aspecto particular. A fallencia produz a formação da massa dos credores (n. 191): estes perdem o direito de obrar

¹ MOURLON, Répét. sur le Code Civil, vol. 2 n. 1181; LAURENT, Princ. de Droit Civil, vol. 16 n. 462; PAUL PONT, Des Privil. et Hyp. n. 19.

² A realidade das cousas é outra. O acto em virtude do qual o bem sahiu do patrimonio do devedor subsiste entre as partes que lhe deram o ser. A ficção da acção pauliana a que nos referimos foi introduzida no interesse dos credores. Vide a esse respeito LAURENT, no Avant-Projet de Révision du Code Civil, vol. 4, pag. 85.

³ LAURENT, Princ. de Droit Civil, vol. 16, ns. 489 e 490; LOMONACO, Obbligazioni, vol. 1, n. 109, pag. 537; PAUL PONT, Des Privil. et Hyp., n. 18.

A doutrina exposta no texto parece-nos preferivel; entretanto, devemos dizer, os escriptores se dividem em três systemas:

1.º a cousa, objecto do acto invalidado, entra para o patrimonio do devedor, e, como este patrimonio constitue a garantia de todos os credores, quelles mesmos que não demandaram, nem intervieram no processo gosam os effeitos da revocatoria, sem distincção de anterioridade ou posterioridade. Sustentam esta doutrina, alem dos escriptores acima, DURANTON, Cours de Droit Civil, n. 544; MARCADÉ, Explication, art. 1167.

2.º A cousa, objecto do acto invalidado, entra para o patrimonio do devedor, mas somente para ser reservada aos credores anteriores á acção. Seguem este pensar LAROMBIERE, Obligations, art. 1167, n. 62; CHARDON, Traite du dol et de la fraude, n. 280.

3.º A invalidade do acto só aproveita a quem promove a acção. Alistam-se entre os secretarios deste systema os respeitaveis juristas: MAIERINI, Della revoca degli atti fraudolenti, n. 104; GIORGI, Obbligazioni n. 353; CAPMAS, De la revocation des actes faits par le debiteur en fraude des droits du créancier, AUBRY ET RAU, Droit Civil, § 311, n. 41; DEMOLOMBE, Contracts, n. 267; e NAQUET, Etude sur l'action paulienne, pag. 201.

individualmente In. 199). E' impossivel, pois, applicarem-se as regras de direito civil expostas no n. 384 supra.

386. Antes do Decr. n. 917, era *vexata queestio* se o credor unionista tinha qualidade para promover *suo nomine* a acção revocatoria do art. 828 do Codigo Commercial.

O Regul. n. 737 dispunha no art. 694: "A acção de rescisão *scilicet* acção revocatoria), que o art 828 do Codigo concede aos credores, somente compete áquelles que o eram ao tempo do acto fraudulento".¹

D'ahi concluiam uns:

a) que, alem dos *administradores* da fallencia (actuaes syndicos), eram competentes para promover a acção revocatoria os credores individualmente;

b) com tanto que estes credores já o fossem ao tempo do acto fraudulento;

c) que, vencida a acção pelo credor com qualidade para tal, todos os outros credores, sem distincção de anterioridade, deviam aproveitar da invalidade do acto, pois a cousa, que constituia o objecto material deste acto, incidia sob a administração da massa.

Opinavam outros de modo diverso, dizendo que os *administradores* da fallencia, sendo nomeados pelos credores para administrar a casa pallida com plenos poderes de liquidar, arrecadar, pagar, demandar *activa* e *passivamente*, e praticar em juizo e fora delle, todos e quaesquer actos que necessarios fossem a bem da massa (Cod. Com. art. 856; Regul. n. 738, art. 162), eram por isso os unicos competentes para propor a acção revocatoria. A formação da massa não se harmonisa com a acção individual dos credores.

¹ Vide nota 1, pag. 191.

Ultimada, porém, a liquidação e cessados os poderes dos *administradores* cora a prestação de contas (Cod. Com. art 868; Regul. n. 738JJ art. 181), tinha logar então a disposição do art 828 do Codigo Commercial, isto é, qualquer credor singular, anterior ao acto fraudulento podia propor a acção revocatoria.

No sentido desta doutrina encontra-se uma decisão judicial n'O *Direito* vol. 15, pag. 489.

387. O Decr. n. 917 deixou a questão á margem.

Estudando-se o espirito, attendendo-se á funcção e effeitos da acção revocatoria, considerando-se a transformação que se opera nas relações juridicas entre os credores e o devedor com a declaração da fallencia parece-nos fora de duvida que só a massa, por seus legitimos órgãos, é a competente para promover a acção revocatoria (n. 197).

O character colectivo que decorre da natureza da fallencia faz concentrar toda a defesa dos interesses da massa nas mãos dos syndicos. Na primeira phase, durante o periodo de instrucção, os syndicos provisorios têm por dever *propor todas as acções tendentes a completar e indemnizar a massa* (Decr. n. 917. art. 36, k); na segunda phase, durante o periodo de liquidação, os syndicos definitivos ficam investidos de plenos poderes para demandar e ser demandados (Decr. n. 917, art 59).

A invalidade do acto definido no art 29, ou do comprehendido na disposição do art. 30 do Decr. n. 917, é pronunciada somente *em beneficio da massa*.

Logo, só os representantes da massa são os competentes para promover a respectiva acção.¹

¹ Esta doutrina é a geralmente acceita pelos legislações estrangeiras. A lei allemã, § 29, dá ao curador a attribuição de propor a acção de revogação; aos credores singulares é dado somente o direito de intervirem na causa.

Por maior que seja o interesse que qualquer credor tenha na fallencia não fica auotorisado a requerer a revogação dos actos nullos de pleno direito ou annullaveis pelo vicio da fraude. Apenas lhe é permittido intervir como assistente.

388. Objecções apparecem contra a doutrina exposta. Tem-se dito que, se os syndicos não promoverem a revogação do acto atacado pelo art 29, ou fraudulento comprehendido no art. 30 do Decr. n. 917 é duro que os credores soffram um prejuizo.

Responde-se. Se os syndicos não cumprem os seus deveres o meio ilegal para salvar interesses é a destituição. Qualquer credor ou a commissão fiscal pode requerer essa medida; o proprio juiz *ex-officio* tem a faculdade de destituição.¹ Os syndicos que deixam de zelar os interesses da massa respondem civil e criminalmente.²

Ainda se diz: Aquella doutrina fere a disposição do art 694 do Regul. n. 737 donde parece decorrer o direito de os credores moverem singularmente a acção revocatoria durante a administração da massa fallida.

A lei austriaca de 1884, no art. 16 dispõe: "A massa credora e representada pelos syndicos na acção de nullidade. Excepcionalmente os credores de direitos reaes podem também propor aquella acção para conservar os seus direitos privilegiados sobre certos bens do fallido ou para repellir as pretensões de outros credores sobre os mesmos bens."

A lei hungara, art. 26, dá a faculdade de promover a acção de nullidade ao syndico e também á commissão fiscal, a qual deve para esse fim constituir um representante especial. Os credores têm somente o direito de asistencia. tencia.

VIDARI, Corso, vol. 8, n. 7858, expondo o systema da legislação italiana, escreve: "L'azione de nullità o di annullamento riguarda soltanto la massa; epperò questa soltanto, per mezzo del curadore, può sperimentarla in giudizio, con esclusione quindi e dei fallito e di qualunque singolo creditore, o di qualunque altra persona".

Em Direito Romano, no caso de cononrso de credores, a paultana actio podia ser exercida por aquelles a quem o acto prejudicou ou pelo curator bonorum. MACKELDEY, Droit Rom., § 769.

¹ Decr. n. 917, art. 65.

² Decr. n. 917, arts. 36, § 2 e 65.

Mais: colloca-se essa doutrina em opposição ao art 68 do Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855 que reza: "A nomeação do curador fiscal não impede a qualquer credor de requerer ou promover o que for a bem da massa fallida."

Replica-se: o art. 68 do Decr. n. 1597 (aliás revogado por não ter sido reproduzido no Decr. n. 917) somente se referia á primeira phase do processo da fallencia, na qual existia a entidade curador fiscal (Cod. Com. art 809). O fim da lei não foi dar aos credores singulares o direito de demandar a beneficio da massa, mas tão somente a faculdade de auxiliar as pesquisas e investigações, tão necessarias no periodo de instrucção. De outro modo não se pode entender a lei: seria ella contraditoria se, congregando os credores, lhes desse ao mesmo tempo plena liberdade de demandar singularmente: se, organisando um centro de administração e direcção, ao mesmo tempo o privasse de toda a força de cohesão e unidade.

Quanto á disposição do art. 694 do Regul. n. 737, já no n. 387 supra falámos das duas interpretações que se lhe tem dado, e convictamente estamos com aquelles que pensam que a acção revocatoria somente pode ser intentada pelo credor singular depois de encerrada a fallencia; só então, dissolvida a massa, entra em campo a actividade individual dos credores.

O art. 694 do Regul. n. 737 deve ser entendido do modo seguinte:

a) depois de feita a liquidação do activo e passivo, os credores não pagos integralmente podem propor singularmente a acção revocatoria;

b) somente os credores anteriores ao acto impugnado têm qualidade para accionar;

c) annullado o acto, os credores sem distincção de anterioridade ou posterioridade participam das vantagens que decorrem da invalidação do mesmo. O art. 694 referido tracta exclusivamente da *pessoa competente para propor a acção*.

B

Contra quem

389. O Decreto n. 917 no art. 32 diz-nos contra quem deve ser proposta a acção revocatoria ou de nullidade, tendo por objecto os actos definidos no art 29 e 30, o, ou os actos fraudulentos comprehendidos no art. 30, b,.¹

Que contra o devedor não pode ser exercida essa acção facilmente se comprehende; deve ser dirigida contra os terceiros, pois o fim da lei é promover os interesses da massa dos credores, o beneficio desta, deixando que os actos conservem a sua efficacia juridica entre as pessoas que lhes deram o ser.²

390. Esses terceiros são classificados em duas ordens:

a) terceiros *immediatos*, e

b) terceiros *mediatos*.

¹ O art. 32 do Decr. n. 917 é traducção mais ou menos modificada art. 15 da lei austriaca de 1884.

² TEIXEIRA DE FREITAS, Esboço de Cod. Civil, art. 533: "Nos casos de falencia do commerciante a acção (*revocatoria*) devera ser intentada pelos representantes da massa tão somente contra a parte, que com o fallido tratára"

391. Os terceiros immediatos são todos os que figuram no ao como contractantes ou que por effeito do acto foram pagos, garantidos ou beneficiados.¹

A expressão *por effeito do acto foram pagos* não quer dizer só aquelles pagamentos em dinheiro efectuados, mas sim por qualquer dos outros meios declarados no art 29, b, do Decr. n. 917.

392. Os terceiros mediatos são os que têm por ventura seguido os terceiros immediatos no objecto material do proprio acto, quer como successores a titulo particular, quer por disposição de ultima vontade, quer por transmissão *inter vivos*.

Quanto a esses terceiros mediatos, ha a observar o seguinte:

1.º os successores *causa mortis* dos terceiros immediatos são obrigados até á concorrência da quota hereditaria, do legado ou do usufructo.²

2.º Os successores *inter vivos* dos terceiros immediatos somente os responsáveis:

a) se tiverem conhecimento, no momento em que se creou o seu dreito, da intenção de o fallido prejudicar os credores;

b) se o direito se originou de acto nullo nos termos dos arts. 28 e 29 do Decr. n. 917;

c) se estiverem nas condições do art 30, a, do Decr. 917.³

¹ Decr. n. 917, art. 32, a.

² Decr. n. 917, art. 32, b.

³ Decr. n. 917, art. 32, c.

3.º Os successores *causa mortis* das pessoas indicadas sob as letras a, b e c acima, até á concorrência da quota hereditaria, do legado ou do usufructo.¹

Do que ficou dito ve-se que a acção revocatoria não pode ser movida contra terceiros *mediatos* de boa fé, que succederem nos actos *inter vivos*.

Não será, assim, uma chimera essa acção?

O cumplice do devedor apressar-se-á em passar a terceiro, que realmente está de boa fé, o objecto material do acto fraudulento, e nessas condições que utilidade presta a *acção revocatoria*?

Collocando fora da influencia da acção revocatoria os terceiros *mediatos* de boa fé nos actos *inter vivos*, não se terá dado um golpe ao principio juridico: *nemo plus jûris ad alium transferre potest quam ipse habet*?

Se o acto fraudulento pode ser annullado, porque o não podem ser igualmente os actos successivos sobre o mesmo objecto material sem menção á boa ou má fé do successor?

A sabedoria romana já resolvera que a *acção pauliana* não podia ser proposta contra o terceiro possuidor da coisa alienada senão no caso de má fé² e o Decr. n. 917, tomando por modelo os princípios da jurisprudencia immortal, do mesmo modo dispoz.

O principio *nemo plus juris...* não tem applicação ao caso da acção revocatoria, pois esta não é propriamente uma acção de rescisão (n. 288); o fim daquella é tão somente isentar os credores dos effeitos do acto impugnado, o qual fica válido entre as partes contractantes, ou

¹ Decr. n. 917, art. 32, d.

² L. 9, Dig. 42, 8. Somente o fisco podia intentar a pauliana contra o terceiro possuidor de boa fé, sem distinguir se a coisa fora adquirida a gratuito ou oneroso. L. 45 pr., Dig. 49, 14.

melhor, a acção revocatoria restringe os efeitos daquelle acto auctor e ao cumplice da fraude.

Se é verdade que a fraude do devedor vem finalmente a triumphar, ha um principio superior de justiça que protege o terceiro mediato que se apresenta de boa fé e com titulo legal. Pondo em paralelo a posição dos credores fraudados e deste terceiro, não ha duvida que a equidade, a lei das leis, pende para o lado do ultimo: *in pari causa potior possessor haberi debet*.

393. Esses terceiros immediatos ou mediatos podem ser pessoa physica ou pessoa juridica.

Quando para a procedencia da *acção revocatoria* for mister provar a fraude do terceiro (Decr. n. 917, art 30, 6), ou quando para regular a restituição dos fructos houver de ser demonstrada a boa ou má fé (cit Decr. art 34), estes factos devem ser provados relativamente mandatario ou representante da pessoa juridica.¹ Assim, se se tracta de uma sociedade mercantil basta que houvesse fraude ou má fé pdr parte de quem, representando a sociedade, tractou com o fallido.

§ 3.º

A prova da fraude e da má fé

Summario. — 394. A prova da fraude e da má fé. — 395. Meios dessa provai — 396. O juiz deve fundamentar a sua sentença. — 397. Presumpções simples de fraude.

394. A exacta solução da questão da prova, escreve IHERING constitue capital preocupação do legislador em todas as regras de direito

¹ BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la foi suisse sur la poursuite pourr detet la faillite, pag. 492.

que estabelece. Deve resolver-a, de modo a não impor ás partes uma prova muito difficil e a permittir ao juiz applicar aquellas regras sem arduas averiguações nem perda de tempo. Se falta a esse dever, o legislador tem cercado de obstáculos a realisação do fim a que se propoz; seria como o constructor de uma machina, a qual consome pelo atrito toda a força que produz.¹

Achamo-nos ante um caso em que se applica a curiosa observação de IHERING.

O legislador invalida os actos do devedor praticados com fraude, prejuizo de seus credores. O devedor conluiando-se com terceiro, reflecte com a precisa antecedencia sobre o modo por que melhor desempenhará o seu plano; estuda, procura subtis artificios para encobrir a má fé, para disfarçar a fraude e para assegurar o successo de suas criminosas machinações.

Como exigir uma prova difficil, custosa, sujeita a formulas restrictivas, para caracterisar a moralidade daquelles actos?

Na pratica não alcançaria resultado o legislador que não desse ao juiz o maior arbitrio na apreciação, que, como o nosso, não declarasse que o juiz não seria adstricto ás regras de direito quanto á prova nas questões de fraude ou má fé, mas decidiria conforme a sua intima e livre convicção.²

¹ Du role de la volanté dans la possession, trad. de MEULENAERE, pag. 126.

² Decr. n. 917, art. 35, § 4, que é a mesma disposição do art. 48 da lei austriaca de 1884.

Quando ha fraude ou dolo? E' questão de facto. A fraude, diz um escriptor, é um Protheu que se reveste de mil formas. O legislador não pode definil-a, nem determinar-lhe os caracteres; fora dar á má fé meios de illudir a lei. Cumpre que a este respeito seja discrecionario o poder do juiz". FELICIO DOS SANTOS, Com. ao Proj. do Cod. Civil. Braz., art. 235, vol. 1, pag. 181.

"Les procès en dol ou fraude offrent, non une question de droit, mais une puré question de fait. Les circonstances dont on se plaint existent-elles? Tels sont les points uniques que ces procès donneront à résoudre. Dans une difficulté de cette nature, le magistrat n'a de guide assuré que sa conscience, d'autre element de decision que son opinion elle-

395. A fraude e a má fé podem ser demonstradas por todo e qualquer género de prova,¹ e em muitas occasiões é forçoso proceder por indícios pesquisando a intenção das partes contractantes, o movei que as levou a praticar o acto e o escopo que visaram.

396. Dando o mais lato arbtrio ao juiz na apreciação das questões de fraude ou má fé, que devem ser decididas conforme a sua livre e intima convicção, exigiu o Decr. n. 917 que elle fundamenta a sentença com os factos e razões que motivassem a decisão.

Significa isso que, não obstante o arbtrio com que nessa materia fica o juiz, não deve elle julgar em virtude da impressão que as provas exhibidas produzem era seu espirito, mas firmar, em sua

même. Dès lors, vouloir offrir des regles à leur appréciation, c'est paraître tenter une entreprise sans utilité et sans but. Cependant, il est des notions que le juge ne doit pas négliger, alors même qu'il obéit aux inspirations de sa conscience". BEDARRIDE, Traite du dol et de la fraude, vol. 1. n. 6.

¹ Cabe a prova testemunhal embora se tracte de actos ou contractos que excedam ao valor de 400\$000, pois não se tracta de provar uma obrigação (caso dos arts. 123 do Cod. Com. e 182 § 1 do Regul. n. 737), mas somente a existencia da fraude ou má fé, o que cahe no dominio dos factos.

Tal é tambem a regra que prevalece no direito civil, pois, nos termos da Ord. 3, 59, § 25 o engano sempre se faz encubertamente, e portanto não se poderia provar per scriptura publica.

A admissibilidade da prova testemunhal é necessária. O dolo e a fraude, escreve BEDARRIDE, evitam deixar após si traços escriptos. Querer titulos escriptos ou somente um começo de prova é renunciar a esperança de qualquer repressão (Traité du dol et de fraude, vol. 1, n. 9).

— Não faltará interesse na reproducção das seguintes regras sobre a má fé e a fraude:

1° A interpretação da fraude, em direito civil, faz-se, não pelo resultado somente, mas também pela combinada intenção de seus auctores. *Fraudis interpretatio semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur* L. 79. Dig. 50, 17.

2° *Nemini fraus sua patrocinari debet.*

3° *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (L. 55 Dig. 50, 17).

4° *Nemo videtur fraudare eos qui seiunt et consentiunt* (L. 145 Dig. 50, 17).

5° Fraudar ou permittir a fraude, importa o mesmo (Alv. de 16 de Janeiro de 1751, Cap. 2, § 2).

6° Fraude a ninguém deve trazer commodo (Alv. de 24 de Fevereiro de 1761 §§ 2 e 24 e de 15 de Outubro do mesmo anno).

7° Má fé a ninguém deve aproveitar (Ord. 2. 27, § 3; 53, § 5; 4, 13, § 11 in fine) 8°

Má fé considera-se a peste mortal do commercio (Lei de 30 de Agosto de 1770)

9.° Má fé considera-se em quem faz alguma cousa contra prohibição da lei (Ord 2,53 § 5).

consciencia, a verdade juridica, depois de pesar com justo critério lógico o valor das provas apresentadas.¹

Alem de constituir uma garantia para as partes a obrigação de o juiz fundamentar a sentença,² pois só assim mostrará que decidiu segundo *allegata et probata*, aquella exigencia legal dá a entender que o juiz deve deduzir com prudencia e discernimento as presumpções em que se firmar,³ adoptando somente as que forem graves, precisas e concordantes.⁴ *Dolus ex indiciis perspicus probari convenit.*⁵

397. Não será fora de proposito apresentarmos alguns factos que estabelecem presumpções simples de fraude:

a) a clandestinidade do acto;⁶

b) a continuação dos bens alienados na posse do devedor, quando, segundo a natureza do acto, deviam passar para o terceiro;

c) a falta de causa do acto ou do contracto;

d) o parentesco ou afinidade entre o devedor e o terceiro;¹

¹ A intima convicção, com quanto seja um phenomeno simplesmente subjectivo, especial e próprio do juiz, tem tambem as suas leis.

O insigne PESCATORE, na Logica del Diritto, pag. 175, enumera com mestria essas leis: 1.º pronunciando o veredictum e reflectindo em suas graves consequencia" o juiz deve sentir a consciencia livre de escrúpulos e perfeitamente tranquilla, podendo dizer a si próprio: são consequencias da verdade e não do meu Juizo; 2º o juiz deve se achar em condições normaes, e são estas: a) uma intelligencia hábil por natureza, estudo e exercido e afastada de preconceitos; um sentimento expurgado; de hábitos viciosos e livre de qualquer tendencia particular na matéria de que se tracta c) uma vontade imparcial, animada pelo unico amor da verdade e do justo.

A pluralidade dos juizes facilita elidir a tendencia puramente individual cada um delles, e reduzir o julgamento ao estado normal.

² Regul. n. 737, art. 232.

³ Regul n. 737, art. 187.

⁴ PEREIRA E SOUZA, Primeiras Linhas, ed. TEIXEIRA DE FREITAS, nota 557.

⁵ L. 6, Cod. 2, 20 (de dolo malo).

⁶ quae enim tenebras qui peccare volunt" CAYLARIO.

e) O preço vil;

f) a proximidade da fallencia;

g) a alienação de todos os bens;²

h) a multiplicidade de actos praticados para encobrir a verdade: multiplicatione instrumentorum augetur fraudis et simulationis presumptio.³

§ 4.º

O interdicto fraudatorium

Summario. — 398. Fonte da disposição do art. 35 § 3 do Decr. n. 917. — 399. Recordação de algumas noções do Direito Romano sobre a pauliana actio e o interdictum fraudatorium. — 400. Caracter e efeitos destes dois remedios juridicos; diversidade de processo. — 401. O interdictum fraudatorium em nosso direito judiciario.

398. Chama-se *interdictum fraudatorium*, diz-nos HUSCHKE, um interdicto restitutorio tendo por fim ool locar os credores ou seus repre

¹ Fraus inter proximos facile presumptiones. Precisa de muita cautela a aplicação deste principio.

² L. 17, § 1, Dig. 42, 8: "qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse". Decr. n.917, art. 1.

³ DUMONT, de usuris n. 407: quanto plures cautelae et circuitus adhibentur, tanto fraudis et simulationis praesumptiones multiplicantur; quò enim abundantior cautela, eò evidentialior fraus.

sentardes na posse dos objectos alienados pelo devedor cora a intenção de diminuir o seu património e causar prejuízo a seus credores.¹

O notavel romanista MACKELDEY, em seu conhecido livro Manuel de Droit Romain (traducção franceza de BEVING), termina o § 769 com) estas palavras:

“Dans les cas ou les créanciers sont fondés à invoquer l'action Paulienne, ils ont en outre *l'interdictum fraudatorium* qui tend à les faire entrer en possession de la chose alienée; cet interdict leur compete contre celui qui a reçu la chose du débiteur”

Não seria dessa lição de MACKELDEY que o auctor do Decr. n. 917 trouxe as palavras para compor a disposição do art. 35, § 3?

399. Precisamos recordar, embora brevemente, algumas noções de Direito Romano sobre essa matéria que foi d'ahi escavada para figurar no Decr. n. 917.

No primitivo Direito Romano, versando a execução sobre a pessoa do devedor (nota 1, pag. 1), não era conhecida acção nenhuma do credor contra a fraude do devedor conluido com terceiro.

Mais tarde, quando o direito pretoriano introduziu a *venditio bonorum* (n. 1), surgiu a necessidade de acautelar os interesses dos credores que aquella fraude podia frustrar. Foi então que o pretor Paulo concedeu ao *curator bonorum*, ou aos próprios credores, a faculdade de atacar todos os actos fraudulentos praticados pelo devedor.

O edicto pretoriano deu aos credores fraudados dois remedios para esse fim: a *actio pauliana* e o *interdictum fraudatorium*.

A primeira assim chamada do nome do pretor que a introduziu; o segundo, porque a fraus constituia o seu fundamento.

¹ Zeitschrift fur Civil-Recht und Process, vol. 16, pags. 25, 81, 103 e 105.

No Digesto e no Codigo não se encontram aquellas denominações, comquanto não reste a menor duvida de que as reconhecem.

Assim:

Na L. 1 pr., Dig. 42, 8: "Ait Prsetor: quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his... actionem dabo."

Na L. 10 pr., Dig. 42, 8: "Ait Prsetor: quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit, ea illis... restituas."

Eis pois a *pauliana actio* reconhecida na L. 1, pr.: ACTIONEM DABO; o *interdictum fraudatorium* na L. 10, pr.: RESTITUAS.

Em diversos textos do Corpus Júris encontra-se referencia expressa a esses meios.

A *pauliana actio* é mencionada por PAULO na L. 38, § 4, Dig. 22, 1: "In Faviana quoque aotione et *Pauliana*, per quam quae fraudem creditorum alienata sunt..."

A' ella também se refere THEOFHILO, na paraphrase ao § 6 da Inst, de actionibus.

O *interdictum fraudatorium* acaba-se mencionado, por sua vez, nos textos seguintes:

L 67, §§ 1 e 2, Dig. 36, 1: "... citra periculum interdicti fraudatori hereditatom suspectam adibis, et restitues mihi...", "...vix fraudatorio interdicto locus erit..."

L 96 pr., Dig. 46, 3: "... sed et *interdicto fraudatorio* tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit..."

400. A *actio pauliana* e o *interdictum fraudatorium* tinham o mesmo fim e o mesmo caracter; em substancia produziam o mesmo efeito, differençando-se tão somente quanto ao processo. Tal é a opinião dominante.¹

Perguntar-se-á naturalmente: qual a razão porque o pretor introduziu estes dois remedios juridicos, quando um só bastaria para proteger os credores?

Essa questão tem um alcance mais histórico do que dogmático, e a natureza do nosso estudo não permite tractar demoradamente das doutrinas de CUJACCIO, LEIST, RUDORF, HUSCHKE, SERAFINI e outros, a esse respeito.²

A opinião mais seguida é a de TH. REINHART, segundo a qual o *interdictum fraudatorium* era um meio mais prompto que a *pauliana actio*, e tornava-se util especialmente nos casos em que as condições necessárias para conseguir a revogação dos actos fraudulentos existiam sem precisar longas indagações. Alem disso o interdicto offerecia a grande vantagem de matar a controversia amigavelmente. O Pretor recorria ao processo do interdicto para resolver pacificamente a lide; impondo ao réo a obrigação de restituir a coisa fraudulentamente alienada, dava-lhe a faculdade de deter o curso ulterior do processo desde

¹ Vide MAIERINI, Della revoca degli atti fraudolenti, n. 11, e a nota de GIORGI, à pág. 48 da 3ª edic., 1898; BREZZO, La revoca degli atti fraudolenti, n. 4.

DE CRESCENZIO, Sist. Del Dir. Civile rom., vol 2 405: Oltre all' *actio pauliana* era concesso l'*interdictum fraudatorium*, sul quale mancano perfettamente i dati per definirlo e distinguerne i caratteri, è probile che dovette distinguersi dall' *actio pauliana* come generalmente un interdetto si distingue dalle azioni.

MUHLENBRUCH, Doctrina Pandectarum, 174: Quam in rem Pretor et in factum actionem proposuit, quae etiam pauliana actio vocatur, et *interdictum fraudatorium*; cujus quidem utriusque remedii similis fere et ratio et vis et.

² Vide a interessante monographia de E. SERAFINI, Revoca degli atti fraudolenti (1897-1889), onde vem expostas e analysadas essas diversas opiniões. Consulte-se tambem BREZZO, La revoca degli atti fraudolenti, ns. 4 e segs. e MAIERINI, Della revoca degli atti fraudolenti, ns. 11 e segs.

o momento em que fizesse effectiva a restituição, conforme a ordem do magistrado.¹

O que é fora de duvida é que o *interdictum fraudatorium* não tinha a importância e o uso da pauliana actio.

VAINBERG² e ACCARIAS³ dizem que, segundo toda a probabilidade, interdicto appareceu primeiro quo a acção, mas esta fel-o cahir em desuso. Accrescenta o ultimo: explica-se assim o facto de raramente se falar do interdicto nos textos, e o insuccesso dos interpretes quando mostram a sua utilidade pratica differente dada acção.

401. Exposto o conceito do *interdictum fraudatorium* no Direito Romano, onde, como vimos, já havia cabido em desuso, resta-nos indagar: a que veiu a sua restauração pelo Decr. n. 917?

Qual a vantagem pratica que traz sobre a *acção revocatoria* o de *nullidade*, que tem o processo summario?

Não sabemos responder.

O interdicto *fraudatorium* nunca teve entrada em nosso processo civil; foi sempre substituído, com vantagem, pela acção pauliana.⁴

¹ Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Glaubiger, 1871, pag. 46.

² La faillite d' après le Droit Rom., pag. 199.

³ Droit Romain, vol 2, pag. 1089, nota 1 (3.º edição).

⁴ RIBAS, Da Posse e das Acções Possessorias, pag. 242.

Capitulo IV

Do periodo preparatorio ou de informação da fallencia

402. No n. 27 ficaram assignalados os dois periodos ou phases que apresenta a fallencia examinada em seus traços geraes: o periodo preparatorio, tambem chamado provisorio, de informação, ou de instrucção, e o periodo de liquidação ou de realização.

No presente Capitulo serão estudados todos os actos comprehendidos no primeiro periodo, e em diversas Secções tractaremos:

I Do pessoal que figura neste periodo.

II Da administração e representação da massa dos credores.
Da arrecadação e guarda dos bens.

III Da continuação do negocio do fallido.

IV Do inventario, levantamento e verificação do balanço e exame de livros.

V Da convocação e reunião ordinária dos credores.

VI Da verificação provisória de créditos.

VIII Do encerramento e das differentes soluções da fallencia nesse periodo.

SECÇÃO I

Pessoal que figura no periodo de informação

Summario. — 403. Auctoridades e pessoal que intervêm no primeiro periodo.

403. Declarada a fallencia, inicia-se o processo colectivo em cujo desdobramento têm de intervir auctoridades e pessoas diversas, cada uma com attribuições e funcções proprias, tendentes ao resultado a que se procura chegar na primeira phase desse processo.

Taes são: o juiz, o curador fiscal das massas fallidas, os syndicos provisionarios, os credores e o fallido.

ARTIGO I

O Juiz

Summario. — 404. A intervenção do juiz na fallencia. — 405. A instituição dos juizes commissarios.

404. O juiz competente para declarar a fallencia (n. 100) acompanha todo o processo até aos derradeiros termos, presidindo as reuniões dos credores, resolvendo as duvidas e questões que por ventura se suscitem, e exercendo, especialmente no primeiro periodo, funcções fiscalisadores, á sombra das quaes intervêm muitas vezes directamente na administração da massa.¹

¹ Decr. n. 917, art. 36, d, i; art. 25, quando exige auctorisação do juiz para ser intentada, seguida ou defendida qualquer acção em nome da massa; art. 36, § 3, verb. "... resolverá como entender.. ." (porta que dá entrada ao arbitrio do juiz na administração); art. 37; art. 37, § 2; art. 39, § 2, etc.

Muito criteriosa deve ser essa intervenção do juiz, podendo-se defini-la nesta formula: ao juiz é licito agir de modo que, acautelando os direitos dos credores, não aggrave sem necessidade a sorte dos devedores.¹

405. Naquelles paizes em que a jurisdição commercial está a cargo de tribunaes collectivos, estes, em regra, delegam a attribuição de fiscalisar e accelerar o processo da fallencia a um de seus membros que, de ordinario, toma o nome de juiz commissario.²

Tem-se atacado fortemente essa intervenção judicial por inutil e perniciosa,³ comquanto se a procure justificar pelos grandes interesses comproroeitados na fallencia; interesses publicos, interesses de ausentes, defeza dos direitos da minoria, etc. (n. 26).

A verdade é que esses interesses pertencera mais ao cargo do ministerio publico do que ao do juiz, mas, com o eminente THALLER, se pode dizer que essa intervenção judicial não pode trazer, e o que de bom produzir em nada prejudicará.⁴

¹ Expressão do DR. MACEDO SOARES em uma contra-minuta de agravo, n'O Direito, vol, 46, pag. 395.

² O Cod. Com, art. 809, mandava o Tribunal do Commercio nomear na sentença declaratoria da fallencia um de seus membros para servir de juiz commissario ou de instructor do processo. O Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855 aboliu estes tribunaes, e as attribuições dos juizes commissarios passaram para os juizes do commercio (art. 64). Os Cods. Com. Francez, art. 451, e Belga, art. 466 (juge commissaire); Italiano, art. 691 (giudice delegato); Lei Hungara, art. 93; e Lei Roumaica, art. 726, mantêm esse cargo. Na Hespanha, o juiz, na sentença declaratoria da fallencia, nomea para o cargo de commissario um negociante matriculado; só em falta deste no lugar, exerce o cargo o juiz de 1º instancia. (Ley de Enjuiciamiento Civil), art. 1333.

³ Taes são as expressões com que a Comissão de Codigos da Camara dos Deputados da Republica Argentina, no relatorio de Agosto de 1889, fulmina a instituição dos juizes commissarios, expressões que mereceram reparo de SEGOVIA, na sua Explicacion y critica dei nuevoCodigo de Com. de la Repub. Arg., vol. 3, nota 4623.

⁴ Des Faillites en Droit Comparé, vol. 2, n. 169.

ARTIGO II

O Curador Fiscal das Massas Fallidas

Summario. — 406. O curador fiscal, órgão do ministerio publico. — 407. Sua nomeação, exercicio, residência e subordinação hierarchica. — 408. Suas attribuições. . — 409. Não pode comprar bens da massa e responde civil e criminalmente pelos actos contrarios aos interesses a seu cargo. — 410. Remuneração.

406. Nas fallencias faz-se sentir a necessidade da defesa dos interesses geraes e permanentes da sociedade, intervindo o órgão do ministerio publico, advogado da lei e fiscal de sua execução (n. 26).

Essa assistencia publica, no regimen do Decr. n. 917, é bastante activa, impondo a criação do cargo de curador fiscal das massas fallidas, não só para promover as fallencias (n. 136), como para acompanhar o processo commercial em seus primeiros termos,¹

¹ Ainda em vigor a Parte Terceira do Cod. Com. foi creado na Capital Federal o logar privativo de curador fiscal das massas fallidas, para intervir em todos os termos e actos do processo da fallencia até á liquidação final, sem prejuizo das attribuições dos administradores, que continuavam em vigor (Decr. do Gov. Prov. n. 139 de 1.º de Janeiro de 1890).

Não passou sem vivos protestos este Decr. n. 139. O governo justificou-o pelo *Diario Official* de 13 de Janeiro de 1890, e o illustrado DR. MACEDO SOARES, então juiz de 2.º vara commercial, em interessante comunicação, publicada no *Diario Official* do dia 14, sustentou a medida governamental.

O Decr. n. 917, no art. 154, tornou vitalicio esse emprego, e mandou que nos logares onde não houvesse curador privativo servisse, com as mesmas vantagens, o promotor publico.

Mais tarde o Decr. n. 1030 de 14 de Novembro de 1890 (Organização da Justiça do Districto Federal) creou o cargo de curador das massas fallidas, órgão do ministerio publico (art. 165), com as funções determinadas no Decr. n. 917 (art. 169).

Ficou assim bem definido o character deste funcionario que, sob o regimen do Decr. n. 139, era uma entidade singular, com vida isolada.

As leis estrangeiras permitem e fazem mesmo obrigatória a intervenção do ministerio publico em processo da fallencia, mas nenhuma ha que lhe dê tão grande

exercendo vigilancia na administração provisoria da massa, investigando o procedimento do fallido e de outras pessoas que com elle, por ventura, se houvessem mancommunado para lesar os credores; e mais para promover o respectivo processo criminal, para fiscalisar a administração do concordatario, para, em summa, desvendar todas as obscuridades que cercara, muitas vezes, as catastrophes commerciaes.

407. Os Estados têm a sua organização judiciaria regulamentada pelas respectivas legislaturas. Juncto a cada juiz e tribunal, existe o ministerio publico como primeiro fiscal da lei e dos interesses geraes da sociedade perante a justiça. E', pois, aos Estados que cabe hoje estabelecer as condições de nomeação, exercicio, residencia, e subordinação hierarchica dos *curadores fiscaes ou curadores das massas fallidas*.¹

408. As attribuições especiaes do curador fiscal são as enumeradas em seguida, alguma das quaes exerce elle alem do periodo

entrada como o Decr. n. 917, que chega ao absurdo de fazer do curador fiscal das massas fallidas um outro syndico.

Que justifica a mudança de nome do órgão do ministerio publico quando intervém na fallencia? Porque não continua a se chamar promotor publico?

¹ Na Capital Federal ha um curador das massas fallidas, órgão do ministerio publico (Decr. n. 2579 de 16 de Agosto de 1897, art. 43), para officiar nas fallencias (art. 44, n. XV, b), cumprindo-lhe especialmente exercer, perante as camaras commercial e criminal do tribunal civil e criminal e as pretorias as attribuições que lhe foram conferidas no Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890 e inspeccionar o cartorio do official dos protestos (art, 48, § 4).

Em S. Paulo, enquanto não forem creados privativamente os logares de curadore fiscaes das massas fallidas (até hoje não estão creados), as funcções, que lhes competem pelo Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, serão accumuladas pelos promotores publicos, exercendo-as na capital, perante o juiz da 1.º vara commercial o primeiro promotor publico e perante o da segunda o segundo. Lei Estad. n. 338 de 7 de Agosto de 1895, art. 14.

O Decr. Estadual n. 123 de 10 de Novembro de 1892 (Organização Judiciaria de S. Paulo) no art. 140 dispõe: "Aos curadores fiscaes de massas fallidas incumbe: 1 § 1.º Auxiliar a justiça publica na apuração das causas determinadoras das fallencias; 6 2.º Proceder nos termos dos artigos 833 e segs. do Cod. Com."

Que cahos! ... Os arts. 833 e segs. do Cod. Com. foram revogados pelo Decr. n. 917, e ainda agora manda-se que os curadores fiscaes procedam na conformidade de disposições que já não têm vida!!!

provisorio ou de instrucção,¹ convindo observar, porém, que, formado o contracto de união, elle nada mais tem a ver com o processo commercial (n. 591).

São attribuições do curador fiscal:

1.º Requerer a declaração da fallencia dos commerciantes impontuaes (ns. 136 e segs).

2.º Assistir a arrecadação dos bens do fallido (n. 435).²

3.º Receber a correspondencia epistolar e telegraphica do faliido e abril-a em presença deste ou de pessoa por elle auctorizada, a quem entregará a que se referir a assumpto alheio a fallencia.³

Tal é a disposição legal, que se resente de gravississimo defeito. A correspondencia devia ser entregue, não ao curador fiscal das massas fallidas, que é órgão do ministerio publico, mas aos syndicos. O Decr. n. 917 copiou cegamente o art. 749 do Cod. Com. Italiano sem a precisa adaptação, pois o curador nessa legislação representa o papel dos syndicos da legislação brasileira.⁴

Mas a lei é o que a lei quer. O curador fiscal é competente para abrir a correspondencia do fallido, e este pode ser preso se a desvia (n. 243).

¹ E' lamentavel que o Decr. n. 917, creando o curador fiscal, não lhe houvesse dado a attribuição de intervir nos meios preventivos da declaração da fallencia para melhor esclarecimento judicial, desde que esses meios repousam sobre a boa fé do devedor. Vide o que a esse respeito dizemos na Parte II deste livro.

² Decr. n. 917, art. 36 pr., diz: "Os syndicos, com assistencia do curador fiscal ._. . arrecadarão . . .tf A palavra assistência não designa aqui a idéa de cooperação na arrecadação, mas a simples presença ao acto.

³ Decr. n. 917, art. 15.

⁴ O Decr. n. 2230 de 10 de Fevereiro de 1896 (Regulamento dos Correios Federaes) dispõe no art. 117: " Para os effeitos de recepção de correspondencia registrada com valor declarado, consideram-se representantes legaes do destinatário.....2.º os syndicos, administradores e liquidantea de massas fallidas, para as correspondencias commerciaes do fallido."

O curador fiscal assume um dever muito serio no exame e verificação da correspondencia do fallido, dever que, como pondera VIDARI, pode facilmente degenerar em cruel e insupportavel tyrannia, se não for exercido com muita moderação e no interesse exclusivo da administração da massa.¹

Está subentendido que o curador deve guardar absoluto segredo do que lhe vier ao conhecimento pela correspondencia particular do fallido. À revelação do segredo importa o crime previsto no art 192 do Cod. Penal.

Se o fallido faz concordata com os credores, cessa esta attribuição do curador fiscal, com quanto tenha elle de fiscalisar o cumprimento do accordo (vide a 9.º attribuição abaixo).

Outrosim, formado o contracto de união, e eleitos os syndicos definitivos, o curador fiscal não tem mais que exercer aquella attribuição. A correspondencia commercial deve ser directamente recebida pelos representantes da massa, e a particular pelo fallido.

A medida legal deve ser entendida nos termos devidos. Extendendo-se alem do periodo provisorio ou de informação da fallencia degeneraria era vexame, e tornar-se-ia inconstitucional. E' inviolavel o sigillo da correspondencia, proclama a Constituição Federal no art 72 § 18.

4.º Desempatar no caso de divergência entre os syndicos (n. 417).

5.º Informar sobre a conveniencia da continuação do negocio do fallido e representar ao juiz quando entender que deve ser cassada a respectiva licença.²

¹ Corso, vol. 8, n. 8047.

² Decr. n. 917, art 37 pr., § 2.

6.º Assistir a reunião dos credores,¹ organizar com os syndicos a lista para a chamada,² e apresentar succinto relatório sobre as causas que determinaram a fallencia, informando sobre o procedimento do fallido antes e depois da declaração da fallencia, de modo que os credores possam formar juizo sobre a boa ou má fé, a culpa ou dolo do devedor (n. 474).³

7.º Sustentar ou defender, com os syndicos provisórios, todas as acções contra ou a favor da massa (n. 454),⁴ podendo intervir como assistente naquellas que disserem respeito ao estado pessoal, poder marital e pátrio do fallido.⁵

O curador exerce directa fiscalisação sobre os syndicos e, quando estes tem de representar em juizo a massa dos credores, a lei colloca-o juncto a elles para lhes servir de assessor.

Como quer que seja é injustificavel essa novidade do curador fiscal tomar parte nas acções em que a massa é interessada

Qual a vantagem? Como intervirá elle se a acção corre ou tiver de correr em foro diverso do da fallencia? Por procurador? Impossivel; não podem os órgãos do ministerio publico delegar attribuições.

8.º Promover o processo criminal da fallencia.⁶

9.º Acompanhar, com a commissão fiscal, o fallido na execução da concordata por pagamento, fiscalizando o modo pelo qual o concordatario liquida o activo (n. 502).

¹ Decr. n. 917, art. 38 pr.

² Decr. n. 917, art 39 pr.

³ Decr. n. 917, art 40.

⁴ Decr. n. 917, art. 26. Ha quem sustente que o curador fiscal intervém mesmo nas acções movidas pela ou contra a massa durante o periodo de liquidação. Vide n. 620.

⁵ Decr. n. 917, art 25 § 2.

⁶ Decr. n. 917, art 78.

409. E' expressamente prohibido ao curador fiscal comprar por si ou interposta pessoa quaesquer bens da massa, sob penas criminaes¹ e é responsavel civil e criminalmente pelos actos que praticar em opposição aos interesses a seu cargo.²

410. A má intelligencia do Decr. n. 917 tem dado logar a que as leis de muitos Estados concedam ao curador fiscal o direito de haver uma commissão calculada sobre o activo real da massa.³

Parece-nos desmoralisadora e onerosa essa commissão.

O curador fiscal das massas fallidas, como o concebeu o Decr. n. 917, é órgão do ministerio publico; muito diferente, pois, do curador fiscal que no dominio do Codigo Commercial representava o papel que cabe actualmente aos syndicos provisorios.

¹ Decr. n. 917, art 66; Cod. Penal, art 232.

² Decr. n. 917, art. 85.

³ Para o districto federal, o Decr. n. 225 de 30 de Novembro de 1894, I no art. 5, § 1, dispoz: "O curador fiscal das massas fallidas e o curador dos residuos terão vencimentos identicos aos dos promotores publicos, sem direito é custas, commissões e porcentagens." Vide nota 2 infra

O Trib. de Appellação da Bahia, em Ac. de 29 de Julho de 1898 (na Revista dos Tribunaes, vol. 14, pag. 40), decidiu que nenhuma remuneração era devida ao promotor publico, como curador das massas fallidas.

A lei bahiana n. 280 de 6 de Setembro de 1898 (Organisação Judiciaria) dispoz no art. 25: "Fica creado o logar de curador dos orphãos e das massas fallidas, sem outro vencimento, alem das custas, emolumentos e porcentagens que lhe compete pelas, leis vigentes."

Leis vigentes... O Poder Judiciario do Estado já havia decidido que nenhuma lei vigente marcava porcentagem!

— Decisão identica á do Tribunal da Bahia proferiu o juiz de direito de Campos I no Estado do Rio de Janeiro. O Direito, vol. 69, pag. 24.

— No Estado de S. Paulo os curadores fiscaes das massas fallidas, alem de custas que percebem pelos actos que praticam, têm direito á seguinte commissão calculada sobre o activo real da massa, constante do balanço organizado até ao acto da concordata, se esta verificar-se, ou revisto depois do contracto dê união, excluidas em todo o caso as dividas consideradas perdidas, as do próprio fallido ou pessoa de sua família que vivam sob seu poder sem patrimonio próprio, e quaesquer verbas sob o titulo de despesas geraes e particulares: meio por cento até 20:000\$000 do activo; um quarto por cento no que acerescer até 100:000\$000; um decimo por cento no que acerescer até 800:000\$000; vindo assim a ser o máximo da commissão — um conto de reis (Decr. Est. n. 178 de 6 de Junho de 1893, Regimento de Custas Judiciarias, art. 68).

E' preciso manter em sua integridade e pureza a instituição do ministeio publico,¹ e acabar com essas remunerações escandalosas a (curadores físcas.

Tambem é órgão do ministerio publico o curador geral de orphãos.

Quem já se lembrou de presentear esse funcionario com porcentagem sobre o activo dos inventarios em que funciona?

O Decr. n. 917 não marcou remuneração ao *curador fiscal* que instituiu, e que funciona alem do primeiro periodo da fallencia. A porcentagem, que cabia ao curador fiscal do Cod. Com., o Decr. cit adjudicou á comissão fiscal.²

ARTIGO III

Os syndicos provisorios

Summario. — 411. Caracter juridico dos syndicos provisorios. — 412. O problema da nomeação doa syndicos e da investidura de poderes. — 413. Quem deve ser nomeado. — 414. Seu numero. — 415. Devem

¹ São as expressões do Decreto Federal n. 884 de 17 de Junho de 1892, do MARECHAL FLORIANO, declarando que ao curador fiscal, órgão do ministerio publico, não cabia comissão nenhuma. Provocou este Decreto o incidente dado na fallencia ,do Conde de Leopoldina, onde foi marcada avultada procentagem ao curador.

Entretanto, a lei n. 560 de 31 de Dezembro de 1898, que orçou a despesa federal para o exercido de 1899, reza no art. 11: "O curador das massas fallidas, nos processos de fallencia, perceberá os emolumentos e porcentagens, que lhe foram designados no Decr. n. 139 de 10 de Janeiro de 1890, revogado o art. 5, § 1, do Decr. n. 225 de 30 de Novembro de 1894, na parte que lhe fixa vencimentos. — § unico. Fica o poder executivo auctorizado, em regulamento especial, a limitar o maximo da porcentagem e, se assim julgar conveniente, determinar o modo porque deverá ser ella calculada."

Isso que se acaba de ler basta para definir a capacidade dos nossos hodiernos legisladores... Restaura-se uma lei anterior ao Decr. n. 917 que se referia ao curador fiscal, que existia sob o regimen da Parte III do Cod. Com. (actualmente syndicos), para se depennar ainda mais os bens das massas fallidas; De que servem commentarios?

² Decr. n. 917, art. 148.

assignar termo de fieis depositarios e administradores e dar toda a publicidade á fallencia. — 416. Desempenham pessoalmente o cargo. — 417. Obram collectivamente. — 418. Suas attribuições. — 419. Responsabilidade civil e criminal. — 420. Prestação de contas. — 421. Remuneração. — 422. Podem adeantar de seu bolso as primeiras despesas. — 423. Destituição.

411. Privado o fallido da administração dos seus bens, desloca-se esta para a massa dos credores (n. 193). Como não é possível no momento da abertura da fallencia reunir os credores para escolher quem os represente, arrecade, zele e defenda aquelles bens, e proceda ás necessárias investigações afim de tomar conhecido o estado dos negócios do devedor, o Decr. n. 917 manda o juiz nomear, na sentença declaratoria da fallencia, dois ou mais syndicos (n. 168), denominados provisórios.¹

Esses syndicos, em rigor, não são mandatarios da massa dos credores, mas é certo que a representara nos actos exteriores, tractam dos interesses della, administram-na durante o primeiro periodo da fallencia

418. Exercem uma administração especial análoga á tutoria ou á curadoria. Desempenhem, entretanto, um mandato publico ou legal

¹ Syndicos, do grego *sundikos*, significa propriamente um advogado encarregado de defender uma coisa commum e de muitos (DELAMARRE ET LE POITVIN, *Traité de Droit Com.*, vol. 2, n. 6), e nas fontes romanas *syndicus*, ou *actor universitatis*, designa o procurador commum que as corporações e comunidades deviam nomear para represental-as em suas relações exteriores e defendel-as judicialmente (MAYNZ, *Droit Romain*, vol. 1, pag. 426, nota 32; GLUCK, *Pand.*, vol. 3, § 405).

Na Allemanha são chamados Konkurs ou Masse- Verwalter, na Inglaterra trustee m bankruptey, na Bélgica curateur, na Itália curatore, na França, Roumania, Republica Argentina e Chile syndico, em Portugal administrador.

Os escriptores belgas e italianos justificam a preferencia da denominação de curador com razoes não convincentes. Leiam-se MAERTENS, *Com. de la loi belge 18 Avril 1851 sur les faillites*, n. 298, e MASI, *Del Fallimento*, vol. 2, pag. 7, in fine.

como querem uns; sejam simples representantes da lei, encarregados da gerência interina da massa, como dizem outros; considerem-se meros propostos judiciaes; é fora de duvida que são administradores do alheio,¹ sob esse ponto de vista sujeitos ás regras de direito commum.

412. Um dos problemas mais graves, que têm preocupado os legisladores e ainda está insolúvel, é o da nomeação dos syndicos e da investidura de seus poderes. THALLER não duvida classifical-o entre as difficuldades economicas mais serias da nossa epocha, tant la rapidité tet la loyauté des liquidations commerciales conconrent au bien dês affaires et par là même à la sécurité des échanges.²

Não ha dois codigos que, sobre esse assumpto, tenham regras identicas.

As legislações europeas apresentam três systemas principaes: 1.º a nomeação dos syndicos, provisorios ou definitivos, pelo juiz, sendo os credores consultados simplesmente sobre a escolha; 2.º a nomeação do syndico provisorio pelo juiz e do syndico definitivo pelos credores, com ou sem o veto judicial; 3.º a nomeação dos syndicos pelos credores exclusivamente.

Quanto ás pessoas chamadas para exercer as funcções de syndico, umas leis exigem a qualidade de credor, outras facultam a nomeação de extranho, outras emfim constituem os syndicos em corporação reconhecida, e os investem, senão do caracter de funcionarios, ao menos do de empregados judiciarios.³

¹ Decr. n. 917, .art. 36 pr. "... fieis depositarios e administradores..."

² Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, p. 161.

³ DALLOZ, Suppl. au Repert., verb. Faillite, n. 779. Segue o primeiro systema a França. O Cod. Belga instituiu os liquidantes juramentados, por cinco annos, sendo dentre elles nomeados os curadores. O Cod. Italiano manda escolher o curador dentre as pessoas extranhas á massa que forem nomeadas pela Camara Commercial. Identico systema segue a Republica Argentina. A Lei Hungara manda o Tribunal escolher o syndico entre os advogados em exercício no seu districto.

O projecto NABUCO sobre fallencia (n. 6) instituia em todas as praças *liquidadores juramentados*, nomeados pelo governo sob proposta do presidente do Tribunal do Commercio. Dentre elles devia...juiz nomear o *curador fiscal* incumbido da administração da até a sua definitiva liquidação.¹

Em theoria esse projecto não deixa de ter boas razões justificativas, mas, empregando pensamento identico ao manifestado por BOLAFFIO, na organização do projecto da concordata preventiva na Itália, não introduziria no Brazil paiz essencialmente burocratico, novos empregos publicos, e não preferiria á vigilancia interessada dos credores a acção pedantesca, lenta e dispendiosa de uma hierarchia official?

O Decr.n. 917 manteve, em substancia, o systema doCodigo. Os agentes provisorios, curador fiscal² e depositario,³ foram fundidos em um só: o *syndico provisorio*; os agentes definitivos, *administradores*,⁴ foram substituidos pelos *syndicos definitivos*; aquellos nomeados pelo juiz *dentre os credores*, e estes eleitos livremente pelos credores.

413. As nomeações dos syndicos provisorios devem recahir em credores do fallido (nacionaes ou estrangeiros) sendo conhecidos, ou seus procuradores.

¹ O DR. MACEDO SOARES, Reflexões, n'O Direito, vol. 51, pag. 330, considera injustificavel a instituição desses liquidantes, por ser um emprego publico mais. Entende esse magistrado que devemos partir do proverbio — mais sabe o tolo no seu do que o avisado no alheio —, e lembrarmo-nos sempre da maxima romana: quod omnes tangit ab omnibus approbari debet. A ninguém mais que aos oredores interessa o processo da fallencia para que a quem quer que seja, senão a elles, se dê o direito de administrar a massa.

— O Cod. Com. Portuguese, art. 702, dá ás Associações Commerciaes a faculdade de nomearem uma lista de pessoas idoneas para servirem de administrador nas fallencias. Esta lista deve ser revista trimestralmente. Quandd essas Associações não usam daquella faculdade, fica elle sendo da attribuição das camaras de commercio. Dec. de 10 de Fevereiro de 1894, art. 9 § unico.

² Suas attribuições, Begul. n. 738, art. 157.

³ Suas attribuições, Begul. n. 738, art. 159.

⁴ Suas attribuições, Begul. n. 738, art. 164.

Só em falta absoluta de credores ou seus procuradores poderão ser nomeadas pessoas estranhas.¹

Presume a lei que ninguém pode ter maior interesse na administração provisória da massa, e na investigação que se vae proceder no primeiro periodo, do que os proprios credores.

O Decr. n. 917 não exige para a nomeação de syndico provisório outra qualidade que a de ser credor do fallido. O juiz, porem, precisa ser escrupuloso na escolha, devendo preferir os que maior interesse tiverem na fallencia e que pelo seu conceito na praça offereçam garantias moraes do bom desempenho do cargo. Tambem deve evitar a nomeação de credores que tenham parentesco com o fallido em grau tão proximo que estabeleça a suspeição,² pois é de presumir a parcialidade no cumprimento do dever, e os syndicos provisórios são tambem auxiliares da Justiça Publica.

A pratica tem mostrado que credores inexperientes investidos da syndicancia concorrem para desastrosas liquidações, sem que se possa levantar justas queixas contra o juiz, o qual, nos primeiros momentos da fallencia, não dispõe de seguros elementos para uma nomeação acertada e feliz.

¹ Decr. n. 917, art. 148 § unico. Quando o juiz tiver de nomear pessoa estranha é prudente ter presente o salutar conselho de BOILEUX sur BOULAY PATY: "deve escolher pessoas justas e dignas em tudo de serem órgãos e mandatarios dos credores, pessoas inacessiveis á paixão e incapazes de franqueza e de severidade; deve afastar principalmente certos homens formados (hommes de loi, que somente aspiram essa honrosa agencia porque veem este trabalho como um cargo mais ou menos lucrativo". *Traité des Faillites*, vol. 1 n. 280.

Ha juizes que abusam nestas nomeações, preferindo arbitrariamente os seus protegidos aos legitimos credores. Não ha contraste maior do que ver á testa de uma massa, como seu representante, seu guarda, um syndico extranho inteiramente á profissão commercial, um agente de negocios, que somente se recommenda pela amizade ou sympathia pessoal do juiz.

Inspirem-se os juizes na bella disposição da § 75 da Lei Austriaca de 25 de Dezembro de 1868: Para administrar a massa deve ser nomeado um homem de fama illibada, que mereça confiança e conheça os negocios.

² O Cod. Com. Francez (art. 463), o Italiano (art. 714), o Portuguez (art. 702), o Argentino (art. 1427), a Lei Hungara (art. 97) contém disposição expressa a esse respeito.

Alem disso, os frequentes conflictos, que surgem entre os interesses individuaes do credor-syndico e os collectivos da massa dos credores, têm tambem pervertido o systema adoptado pelo Decr. n. 917.¹

414. Os syndicos provisorios são em numero de dois ou mais.²

Ao juiz cumpre apreciar a importancia da fallencia, o trabalho que exige, e designar o conveniente numero.³

415. Antes de entrar em funções devem assignar, em cartório, e nos autos do processo, termo de *fieis depositarios e administradores*; ⁴ não lhes é exigido o compromisso, nem são obrigados a prestar caução.

Um de seus primeiros deveres é dar toda publicidade á de da fallencia pelos meios que julgarem convenientes.⁵

Ordinariamente fazem annunciar os seus nomes, e a hora em que são encontrados no escriptorio do fallido.

416. Os syndicos devem desempenhar pessoalmente as suas funções. E' contrario ao espirito da lei constituirem procurador, ordinariamente advogado, para represental-os em todos os actos e termos da fallencia.

¹ O Cod Com. no art. 857 mandava afastar da administração da massa o credor que promovesse acção contra ella. Não ha motivos para regeitar ainda hoje esta sabia providencia, que corrigirá muitos abusos.

² Decr. n. 917, art. 6 § unico.

³ E' injustificavel o Decr. n. 917 não permittindo a nomeação de um só syndico; a unidade é muitas vezes preferivel.

⁴ Decr. n. 917, art. 36 pr.

⁵ O Cod. Com., art, 809 exigia juramento dos curadores fiscaes, equivalentes aos actuaes syndicos provisorios.

Os syndicos são investidos de uma missão de confiança; são; na expressão da lei, *depositarios e administradores*; é principio legal que o depositario deve guardar pessoalmente a cousa, e o mandatario gerir tambem pessoalmente o negocio que lhe foi confiado, não podendo subrogar sem poderes expressos auctorisando a delegação.¹

A nomeação de advogados e procuradores somente pode ser permittida quando a massa tenha de vir a juizo como auctora ou como ré, ou quando haja necessidade de promover, no processo da fallencia, certas medidas judiciaes, para as quaes se exijam conhecimentos technicos. O abuso que vae sendo introduzido, aliás sem o devido protesto, muito tem concorrido tambem para a desmoralisação das fallencias. Advogados menos escrupulosos levantam da massa gordas remunerações e, feitas as contas, o que havia de bom ficou distribuido entre elles, os syndicos e o curador fiscal! Lembrem-se os juizes que acquiescem a esses abusos que a sua propria honra não fica isenta de suspeitas.

417. Estes syndicos obram collectivamente e se entre elles houver divergencia, o curador fiscal desempatará.² Não é, portanto, a maioria de votos que triumphá. Com a minoria pode estar o curador fiscal, contra cuja opinião o syndico vencido tem a faculdade de reclamar perante o juiz da fallencia, o qual resolverá afinal e sem recurso algum.³

418. As attribuições dos syndicos provisórios são importantíssimas, attendendo á grande influencia que as primeiras operações exercem no processo da fallencia.

¹ Na Inglaterra o Trustee presta caução in manner prescribed to the satisfaction of the Board of Trade. Bankruptcy Act, 1883, art 21, n 2.

Na Itália o Tribunal tem o poder de, ouvido o parecer da delegação dos credores, impor ao curador, nosso syndico) obrigação de prestar caução quando o exijam a natureza do patrimonio do fallido ou as condições da administração. Cod. Com. art. 721.

² Decr. n 917, art 36, o.

³ Cod. Com. art 146. O Cod. Com. Ital. art 751, manda que o curador (que equivale aos nossos syndicos) tracto pessoalmente de todos os actos do seu officio.

Elles arrecadam os bens do fallido;¹ administram e representam a massa dos credores durante a primeira phase da fallencia;² procedem aos balanços, inventarios e exame de livros;³ tudo isso tem por fim apresentar aos credores o estado da casa commercial, para que estes possam deliberar convenientemente sobre os seus interesses e auxiliar o curador fiscal na investigação das causas que determinaram a fallencia. Sob esse ultimo ponto de vista são verdadeiros auxiliares da justiça.

O Decr. n. 917 não segue uma ordem logica na enumeração das attribuições dos syndicos provisorios, mas estas podem ser reduzidas ás três acima mencionadas, e de cada uma se occuparão as Secções II, III e V deste Capitulo.

419. Os syndicos provisorios são depositarios e administradores;⁴ têm assim todas as responsabilidades que emanam da dúplice figura que representam.

As responsabilidades do mandatario e do depositario acham-se estabelecidas em lei,⁵ e o Decr. n. 917 applicou-as aos syndicos, compendiando-as nos termos seguintes: os syndicos ficarão responsaveis por dolo e falta devendo empregar toda a diligencia como se fora em seus próprios negocios.⁶

O julgamento das contas não os isenta das responsabilidades provenientes da administração da massa.⁷

¹ Decr. n. 917, art. 6 § unico, c, e art. 36 pr.

² Decr. n. 917, art. 6 § unico, c; art. 26, j; art. 25; art. 36, k.

³ Decr. n. 917, art. 36, h.

⁴ Decr. n 917, art. 36 pr.

⁵ Cod. Com. arts. 162, 170 e 284.

⁶ Decr. n. 917, art. 36 § 2 e 85.

⁷ Decr. n. 917, art. 52 § unico.

Obrando collectivamente (n. 417), são responsáveis *in solidum* pela sua gestão, devendo mutuamente se fiscalisar.

Se incidem em crimes, para os efeitos da penalidade, são equiparados aos empregados publicos.¹

420. Todos os que administram negocios alheios prestam contas. Logo que é encerrado o primeiro periodo da fallencia, os syndicos de vem prestar as suas contas por petição documentada, da qual o jua dará vista ao fallido e á comniissão fiscal (a esta, se a failencia entrar no segundo periodo) para nella responderem.

Com a resposta o juiz julgará, dando agravo para o superior competente.²

421. Empregando tempo em vantagem de outros e assumindo não pequena responsabilidade, é justo que os syndicos provisorios sejam retribuidos: *dignus est operarius mercede sua*.

Esta retribuição consiste na commissão de um até dois por cento,³ calculada sobre o valor dos bens moveis e semoventes que receberem em guarda, dinheiro e jóias, segundo o valor do balanço, não

¹ Decr. n. 917, art. 85.

² Decr. n. 917, art. 52.

— O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 9 de Agosto de 1897, resolveu que o credor não pode agravar da sentença que julga as contas doe syndicos, porque nos termos do art. 52 do Decr. n. 917 tal recurso ó restricto ao fallido e á comniissão fiscal. Revista Mensal, vol. 6, pag. 17.

³ O Decr. n. 917, no art. 148, omitta a taxa da commissão dos syndicos provisorios, mas não pode ser outra senão a dos depositarios do Cod. Com. E para os quaes o edital do extinto Trib. do Com. de 5 de Setembro de 1855 marca de um até dous por cento. A taxa da porcentagem do curador fiscal passou para a commissão fiscal e a dos administradores para os syndicos definitivos.

Os Estados têm-se arrogado o direito de taxar a commissão dos syndicos. O Regimento de Custas Judiciarias do Estado de S. Paulo (no Decr. Est. n. 178 de 6 de Junho de 1893), no art. 2.º das Disposições Transitorias, mandou continuar a commissão marcada no Decr. n. 917, em quanto este Decr. vigorar como lei das fallencias no Estado de S. Paulo.

incluindo as dividas activas¹ e bens de raiz, a respeito dos quaes só terão a porcentagem dos rendimentos que effectivamente receberem.

Essa commissão é debito da massa.²

422. Para as primeiras despesas com os actos da arrecadação e administração da fallencia, podem os syndicos adeantar dinheiro de seu bolso.

Pela importancia dessas despesas são os syndicos credores da massa. Se, porém, o activo for insufficiente, não terão direito á repetição dei qualquer pagamento effectuado.³

423. Os syndicos provisorios podem ser destituídos? O Decr. n. 917 fala unicamente da destituição dos syndicos definitivos; parece, entretanto, fora de duvida que, dado qualquer dos casos do art. 65 § 1.º e o juiz deve destitui-los *ex-officio*.⁴

ARTIGO IV

Os credores

Summario. — 424. Razão de ordem. — 425. Como deliberam os credores e de que modo podem comparecer á reunião. — 426.

¹ Entre as dividas activas devem-se comprehender as letras pertencentes á massa, que estiverem sob a guarda dos syndicos. Estes não têm direito á commissão sobre o valor que ellas representam. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo de 24 de Março de 1897, na Revista Mensal, vol. 6, pag. 332.

² Decr. n. 917, art. 67, a.

³ Decr. n. 917, art. 67, § unico.

⁴ O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 8 de Fevereiro de 1895, decidiu que não é caso de aggravamento o despacho que destitue os syndicos provisorios, não sendo licito que se extenda á espécie o disposto no art. 65 do Decr. n. 917 que se refere aos syndicos nomeados pelos credores da massa (Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 7, pag. 179). — A lei hungara dá ao Tribunal de Fallencias a faculdade de impor multas aos syndicos que não cumprem pontualmente as suas obrigações.

Nomeação de procurador. — 427. Representantes legaes dos credores. — 428. Os representantes legaes dos menores não têm necessidade de auctorisação especial. — 429. Os credores menores não gosam privilegio. — 430. Deliberações que podem os credores tomar a respeito dos bens da fallencia.

424. Já mostrámos nos ns. 191 a 198 os effeitos que a declaração da fallencia produz com relação aos credores. Aqui agora falaremos de algumas particularidades.

425. Os credores deliberam em assemblea, presidida pelo juiz. E podem comparecer:

- a) pessoalmente,
- b) por procurador (n. 426), ou
- c) por meio de seus representantes legaes (ns. 427 e 428).

426. Para serem representados na reunião ou assemblea, poderão constituir procurador por instrumento publico ou particular nos termos da Lei n. 79 de 23 de Agosto de 1892,¹ ou por telegramma.

Para a nomeação de procurador por telegramma o credor ausente apresentará ao expeditor, na competente estação telegraphica, a

¹ O Decr. n. 917, art. 38 § 4, permite que a procuração seja feita por instrumento particular, sendo a firma reconhecida por tabellião, ou pelo escrivão da fallencia, ou por dois credores commerciantes conhecidos pelo balanço. Esta disposição parece ter caducado com a Lei n. 79 de 1892, segundo a qual todas as pessoas habilitadas para os actos da vida civil podem passar procuração por instrumento particular de proprio punho.

minuta do telegramma, devidamente authenticada ou legalisada, devendo transmissão ser mencionada esta circumstancia.¹

Quaesquer que sejam os termos do telegramma ou da procuração, entende-se que o procurador ficará habilitado para tomar parte em todas e quaesquer deliberações, se tiver sido feita menção da firma do fallido.² Vide, entretanto, o n. 519.

Um só individuo pode ser procurador de diversos credores.³

427. São considerados representantes legaes dos credores, para todos os effeitos:

a) os propostos, feitores, gerentes e quaesquer outros representantes, uma vez que tenham poderes para administrar, ainda que careçam da faculdade de alienar, taes como: inventariantes, tutores, curadores, liquidantes das sociedades mercantis, syndicos das massas fallidas, directores de sociedades anonymas, etc.;

b) quaesquer procuradores *ad negotia*, embora não lhes estejam especificados poderes para a fallencia.⁴

Ao procurador da Republica, seus adjuntos e ajudantes compete officiar no juizo das fallencias, quando a Fazenda Nacional for

¹ O telegramma nessas condições serve de instrumento do mandato e estabelece a favor de quem com elle se apresenta uma presnmção legal condicional (art. 186 do Regul. n. 737 de 1850). O mandatario assim constituido não pôde ser excluido de tomar parte nas discussões e deliberações da reunião, sem que haja prova em contrario daquella presumpção, exhibida por quem impugnar a presença do dito mandatario (cit. art.). — O mandato por telegramma já é expressamente admittido pelo Cod. Com. Portuguez (art. 97), e outros.

² Decr. n. 917, art. 38 § 5.

³ Decr. n. 917, art. 38 § 4. O Decr. LegisL n. 3065 de 6 de Maio de 1882, que revogara o art. 842 do Cod. Com. continha identica disposição.

⁴ Decr. n. 917, art. 38 § 6. Identica disposição já constava do Decreto Legislativo n. 3065 de 6 de Maio de 1882, art. 3.

nellas interessada como credora de dividas de impostos ou de letras e titulos mercantis.¹

428. Os representantes legaes dos menores, puberes ou impuberes, sem necessidade de auctorisacão especial, consideram-se investidos de plenos e illimitados poderes para transigir, respondendo aos seus representados somente por dolo, má fé ou culpa grave.²

429. Os credores menores, quando legalmente representados, não gosarão privilegio algum, nem mesmo o de restitução.³

430. Salvo disposição expressa de lei em contrario, os credores poderão tomar quaesquer deliberações a respeito dos bens da fallencia, inclusive a renuncia pura ou condicional em favor do fallido, sua viuva, ou seus herdeiros, devendo, porem, neste caso ser unanime a deliberação.⁴ Vide n. 499.

ARTIGO V

O fallido

Summario. — 431. Condição do devedor na fallencia — 432. Assignatura do termo de presença. — 433. Morte do fallido. — 434. Responsabilidade dos seus herdeiros.

431. A fallencia altera consideravelmente a condição do devedor. Na Secção II do Capitulo III fizemos ver a serie de limitações ao livre exercicio de seus direitos. Em virtude da modificação que a fallencia

¹ Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, arte. 32, n.III, e 36.

² Decr. n. 917, art. 153. Cod. Com. art. 911; Regul. n. 737, art. 594 § 2.

³ Decr. n. 917, art. 153 § unico.

⁴ Decr. n. 917, art. 449.

imprime, o fallido passa a representar um papel mais passivo do que activo.¹

432. O Cod. Com., no art. 822. mandava que, no inicio da instrucção do processo, o fallido assignasse termo nos autos de se achar presente por si ou por seu procurador a todos os actos e diligencias, sob pena de revelia.

O Decr. n. 917 não trouxe essa exigencia, mas parece ella decorrer da disposição do art 14, que manda o fallido assistir a todos os actos e reuniões e prestar todas as informações ao juiz, syndicos e curador fiscal (n 240).

433. A morte do fallido não faz terminar o processo commercial da fallencia.

A viuva e os herdeiros do devedor represental-o-ão para todos os effeitos commerciaes.²

434. Os herdeiros do fallido não são responsaveis alem das forças da herança.³

SECÇÃO II

Arrecadação e guarda dos bens do fallido

Summario. — 436. Idéa geral da arrecadação dos bens do fallido. — 436. Bens que devem ser arrecadados. — 437. Arrecadação dos livros, archivo documentos.

¹ LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7 n. 479.

² Decr. n. 917, art. 10 § 2. Identica disposição nos Cods. Coms. Francez, art. 478; Belga, art. 486, e na Lei Hungara, art. 17.

³ Decr. n. 917, art. 152.

— 438. Bens que não são arrecadados. —
439. Continuação, — 440- Continuação. —
441. Continuação. — 442. Continuação. —
443. Guarda dos bens arrecadados. — 444.
Bens alheios.

435. A fallencia, execução geral, comprehende todos os bens do devedor, penhor commum dos credores.

A arrecadação desses bens é o primordio da fallencia, do mesmo modo que a penhora é o primeiro passo da execução coramum.

Aos syndicos provisorios, com assistencia do curador fiscal, compete fazer a arrecadação.¹ Esta diligencia deve ser effectuada immediatamente á abertura da fallencia, pois do seu prompto e exacto cumprimento depende quasi sempre o feliz êxito da medida legal.

Os syndicos e o curador fiscal têm a maior liberdade na investigação e pesquisa para a descoberta de bens do fallido. Este é obrigado a dar todas as informações² e' a auxilial-os diligentemente sob pena de prisão (n. 243).

¹ Decr. n. 917, art. 36 pr.

- O Codigo Commercial mandava que, declarada a fallencia, e não sendo possivel inventariar os bens do fallido em um só dia, o juiz da fallencia expedisse ao juiz de paz respectivo copia da sentença para proceder á apposição dos sellos em todos os bens, livros e documentos do fallido arts. 809 e 811). Eram convocados então os credores para nomear depositario que recebesse provisoriamente os bens do fallido (art. 813). Seguia-se depois a avaliação desses bens (art. 815).

A pratica já havia condemnado a formalidade da apposição de sellos por inutil, inconveniente e dispendiosa. Vide *Exame Critico* do CONS. OLEGARIO n'O Direito, vol. 1, pag. 10; Informações, de HOLLANDA CAVALCANTE, pag. 6; Reflexões, de MACEDO SOARES, n'O Direito, vol. 51, pag. 3.-59.

— Mantém ainda a apposição de sellos a. França, a Belgica, a Italia, o Chile e a Hungria.

² O Cod. Com., art. 814, mandava que o fallido declarasse, debaixo de juramento, se haviam outros bens alem dos inventariados pelo curador fiscal.

436. Devem ser arrecadados não só os bens que estão no gyro commercial do fallido, como os particulares que se achara fora desse gyro.¹

E' uma consequencia da universalidade do juizo da fallencia (ns. 102 e 163), é um meio de impedir sonegações e fraudes por parte do devedor e de terceiros que por ventura os detenham.

Na fallencia da sociedade arrecadam-se. alem dos bens sociaes, os articulares dos sócios pessoal e solidariamente responsáveis.²

437. Tambem devem ser arrecadados não só os livros commerciaes, onde, depois de encerrados pelo juiz, devem continuar a escripturação e contabilidade do estabelecimento em fallencia, como também todo o archivo e documentos que se possam relacionar com a contabilidade, gestão e fortuna do fallido, ou que possam ministrar informações sobre a moralidade, boa fé e regularidade de suas transacções.

438. Continuam sob a administração do fallido e não podem ser arrecadados:

A) *Os bens que o fallido tiver adquirido com a clausula de não poderem ser obrigados por dividas,³ as pensões, ordenados ou outras*

¹ Decr. n. 917, art. 36, c. Devem os syndicos requerer ao juiz o que for necessario para a arrecadação destes bens particulares.

² Decr. n. 917, art. 73.

³ Esses bens podem provir ou de doação ou de legado.

— Se o testador impõe á legitima (isto é, á porção de bens que está reservada por lei a seus herdeiros necessarios) a condição de não poder ser obrigada por divida, não vale esta disposição, pois o testador não pôde gravar a legitima com encargos e condições de qualquer espécie. TEIXEIRA DE FREITAS a GOUVÊA PINTO, *Testamentos e Successões* nota 348; MASSÉ, *Le Droit Com.*, vol. 2, n. 1185.

—Bens que o fallido tiver adquirido... diz o texto da lei. D'ahi se tem originado a seguinte questão: procede a disposição legal quando a liberalidade é posterior á sentença declaratoria da fallencia?

Pensamos que sim. Se a lei exclue da fallencia os bens adquiridos antes desta com a clausula de não poderem ser obrigados por dividas, tem implicitamente excluido também os bens adquiridos posteriormente sob aquella condição, pois são bens que nunca

*quantias a que tiver direito, a titulo de alimentos, aposentada reforma, jubilação ou que a esses forem equiparados por lei*¹ pois taes bens, exclusivamente destinados á manutenção, e subsistencia do fallido e sua familia, por um principio de humanidade, ficam fora da acação dos credores. Se da propria massa pode sahir o necessario para alimento do fallido, sua viuva e filhos menores,² não havia razão que aconselhasse o desvio daquelles bens da sua sagrada applicação.

Como, porém, se tracta de ura favor estabelecido no interesse particular do fallido, permite a lei que, consentindo este e sua mulher, sejam arrecadados taes bens.³

439. B) *Os vestuarios do fallido e de sua familia e a mobília e utensilios necessarias aos usos da vida.*⁴ Tambem em razão do mesmo principio de humanidade, taes bens são conservados com o fallido. Note-

estiveram no patrimonio do devedor, nem, portanto, foram tidos como garantia de seus credores.

Deve-se respeitar a vontade livre de terceiros, e é certo que, admittida a doutrina contraria, estes não legariam ou não fariam a doação. Note-se ainda que tal faculdade seria até um meio de economisar a massa, pois os credores ver-se-iam dispensados de prestar alimentos ao fallido. Essa é a solução que (também prevalece no direito federal suiso. Vide BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, pag. 259.

Os escriptores francezes discutem essa questão á vista dos termos do art. I 582 do Cod. do Processo Civil, e chegam á conclusão seguinte: se a liberalidade é posterior á sentença declaratoria da fallencia, a massa não pode arrecadar esses bens; se anterior, cabe solução contraria (RENOUARD, Traité des Faillites, vol. 1, pag. 300; MASSÉ, Le Droit Com., vol. 2, n. 1185 ter: LYON-CAEN & RENOUARD, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 244).

Na Itália apparece a mesma duvida, collocando-se ao lado da opinião opposta á que emitíamos o preclaro VIDARI. Discorre este dizendo que seria constituir o fallido em condições privilegiadas com o fim manifesto de causar damno aos credores. O testador, o doador não beneficiem o fallido; se quizerem beneficia-lo não podem subtrahil-o á condição juridica em que se acha (Corso, vol- 8 n. 7784).

A boa redacção do art. 1405 do Cod. Com. Argentino afastou todas as duvidas. Era digna de ser imitada pelo nosso Decr. n. 917.

¹ Decr. n. 917, art. 18 § 1, a.

² Esses bens não podem tambem ser penhorados nas execuções commerciaes. Regul. n. 737, art. 529, §§ 2, 3, 5 e 8.

³ Decr. n. 917, art. 142.

⁴ Decr. n. 917, art. 18 § unico, a, *in fine*.

se, porem, que são excluidos da fallencia somente os necessarios aos usos da vida. E' questão de facto que não pode ser resolvida por principios geraes. O fim da lei é evitar que o fallido e familia fiquem privados do indispensavel. Não se pode comprehender nos termos legaes as mobílias custosas e de grande luxo, ornatos etc. que mostram muitas vezes o excesso de despeza no tratamento pessoal do fallido em relação ao seu cabedal e especie de negocio.¹

440. C) *O dote da mulher, estimado quer venditionis caua quer taxationis, e os bens próprios della.*²

Como elementos essenciaes do dote entram, como se sabe: a communicabilidade dos bens, a sujeição delles ao poder do marido, destinação dos fructos e rendimentos á sustentação dos encargos matrimoniaes, e finalmente a restituição daquelles bens ao instituidor do dote á mulher ou a seus herdeiros.³

Taes bens constituem um patrimonio separado e independente do marido.

O mesmo se dá com os bens proprios da mulher, isto é, os incomunicaveis sob o regimen da communhão, e os paraphemaeas.

Se qualquer desses bens é comprehendido na fallencia, pode a mulher reivindicar-o.⁴

Estão excluidos da fallencia unicamente os dotes estimados, pois somente estes valem contra terceiros.⁵

¹ Decr. n. 917, art. 18 § unico, b; Cod. Com. art. 811, 2 al.

² Decr. n. 917, art. 79, b, n. I.

³ Decr. n. 917, art. 18 § unico, c, e art. 17 § 2.

⁴ Decr. n. 917, art. 68, j, ns. I, II, III.

⁵ Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 132.

441.D) *O peculio dos filhos, salvo o profecticio.*¹ Os peculios formam o patrimonio dos filho-familias e são sujeitos a regimen juridico especial. Das quatro classes em que se costumam arrolar— profecticio, castrense, quasi-castrense e adventicio (n. 236) — só o primeiro continua a ser propriedade do pae, embora se ache sob La guarda e administração do filho,² pois este peculio consta da porção de bens que o pae realmente separa do acervo de seus bens e entrega o filho-familia para, em seu nome, administral-o.³

Quanto aos outros, a propriedade é do filho e não podem ser confundidos com o patrimonio do pae, que é justamente o que constitue o penhor commm dos credores. Os vinculos de parentella, escreve VIDARI, não bastam para fazer de dois ou mais patrimonios um só, nem para confundir na mesma condição juridica, e no mesmo tractamento, quem fé fallido e quem não é fallido.⁴

442. E) *Os rendimentos dos bens dos filhos menores, salvo se forem avultados e depois de satisfeitos os encargos do patrio poder, e as prestações de alimentos que os filhos são obrigados a fazer aos Paes.*⁵

443. Arrecadados os bens, ficam na guarda dos syndicos, que respondem por elles como depositarios (n. 419).

Permitte, porém, a lei que os syndicos designem pessoa que os tenha em boa guarda, podendo incumbir ao proprio fallido dos immoveis e mercadorias.⁶ A fallencia é tambem um meio legal de o commerciante honesto, embora infeliz, defender os interesses dos

¹ Decr. n. 917, art. 18 § unico, d; art. 17 § 2.

² Lei 4, Dig. 15, 1.

³ LAFAYETTE, Dir. de Fam., § 115.

⁴ Corso, vol. 8, n. 8264.

⁵ Decr. n. 917, art. 18 § unico, e.

⁶ Decr. n. 917, art. 36, b.

credores, e nada obsta a que, inspirando confiança, guarde pessoalmente esses bens sob a acção fiscalisadora dos syndicos. Não devem, entretanto, ficar em poder do fallido os documentos e livros commerciaes; é uma cautela justa e prudente.

444. Pode acontecer que entre os bens do fallido se achem bens de terceiro. Cabe então a este o meio de embargos de terceiro senhor e possuidor para retiral-os do poder da massa, emquanto o processo da fallencia se acha no primeiro periodo.¹

Sobre esses embargos, vide ns. 755 a 760.

SECÇÃO III

Administração provisoria e representação juridica da massa dos credores

Summario. — 445. Conceito da administração da massa no primeiro período da fallencia. — 446. Atribuições dos syndicos provisorios nesta administração. Actos conservatorios. — 447. Diligenciar o acceite de letras e cobrança de dividas. — 448. Vender generos de fácil deterioração. — 449. Realisar entradas de acções. — 450. Remir penhores e antichreses. — 451. Recolher a bancos os dinheiros da massa. — 452. Despender o que for necessario. — 453. Propor acções. — 454. Representar a massa em julzo.

¹ Decr. n. 917, art. 150.

445. Durante o periodo de informação a massa dos credores, é administrada pelos syndicos provisorios,¹ sob a fiscalização do juiz (n. 407) e do curador fiscal (n. 406).

Essa administração, simplesmente conservatoria, abrange os poderes definidos no art. 145 do Cod. Com., que constituem a forma do mandato geral. Não podem, portanto, os syndicos provisorios praticar acto nenhum de disposição, nem transigir sobre dividas e negocios da fallencia. Elles apenas arrecadam e administram os bens que vêm para massa;² não liquidam o activo e passivo da fallencia; só os syndico definitivos têm essa faculdade.³

Singularissima administração, a dos syndicos provisorios. Uns actos não podem elles praticar senão conjunctamente com o curador fisd outros sem a previa auctorisação do juiz.

446. Na administração da massa competem aos syndicos provisorios as attribuições seguintes:

1.º Praticar todos os actos conservatorios de direitos e acções do fallido. taes como, nos casos dos arts. 277, 387 e 453 do Cod, Com.⁴

447. 2.º Diligenciar o acceite de letras e a cobrança de quaesquer dividas activas e dar as respectivas quitações.

Para esse fim podem nomear cobradores, advogados e procuradores ajustando previamente os salarios.⁵

¹ Decr. n. 917, art. 36 pr. e, k.

² Decr. n. 917, art. 6 § unico.

³ Decr. n. 917, arts. 58 e 59.

⁴ Deor. n. 917, art. 36, f.

⁵ Decr. n. 917, art. 36, e; Cod. Com. arts. 834 e 835.

Aos syndicos provisorios não é facultado contractar com uma ou mais pessoas a cobrança de toda ou de grande parte das dividas activas. Excederiam elles os limites de seus poderes, inquinando de nulidade tal contracto. A fallencia pode ser resolvida em concordata e tudo quanto possa perturbar ou prejudicar a formação deste convenio, valioso meio da liquidação, não é permittido aos syndicos provisorios.

448. 3.º Vender os géneros e mercadorias de fácil deterioração ou que se não possam guardar sem risco ou grande despesa (2). Os syndicos provisorios não podem dispor dos bens da massa (n. 445), pois tornar-se-ia impossivel a concordata, visto como o fallido ficaria privado de recursos e de credito, e reduzido á impossibilidade absoluta de continuar a sua industria. Em muitas occasiões, porém, o interesse do fallido e dos credores exige a venda immediata dos géneros de fácil deterioração, ou que se não possam guardar sem risco ou grande despesa.¹

Não fica, entretanto, ao arbitrio dos syndicos essa venda: o Dec. n. 917 cercou-a das cautelas seguintes:

a) O fallido deve ser ouvido² sobre ella, pois continua a ser proprietário dos bens arrecadados (n. 193), e pode ter sérios interesses na conservação delles para base de concordata que lhe convenha propor.

Está subentendido que essa audiencia do fallido só tem logar quando elle se acha presente. No caso de ausencia, é supprida pela auctorisação judicial.

b) Oppondo-se o fallido, os syndicos devem pedir auctorisação ao juiz.³ Este será o soberano arbitro decidindo conforme as circumtancias.

¹ Decr n 917, art. 36, d.

² Decr n 917, art. 36, d.

³ Decr n 917, art. 36, d.

c) A venda deve ser feita em hasta publica, por intermedio de leiloeiro, ou, onde o não haja, do porteiro dos auditorios ou de quem suas vezes fizer.¹

d) O juiz, os syndicos, os membros da commissão fiscal, o curador, os peritos, os avaliadores e os officiaes de justiça estão inhibidos de comprar por si ou poi interposta pessoa quaesquer bens, sob as penas do art. 232 do Cod. Penal.²

A venda feita em contravenção á qualquer dessas regras enumeradas nas letras a, b, e, d, é nulla, e são responsaveis os syndicos por perdas e daranos.

449. 4.º Realisar as entradas de acções de companhias de o fallido for subscriptor ou accionista.³

450. 5.º Remir penhores e antichreses, obtendo para esse fim auctorisação do juiz.⁴ Nos ns. 776 e 777 completa-se toda a matéria.

Se o credor não quer amigavelmente entregar a coisa dada penhor ou em antichrese, os syndicos, consignando o preço em juizo deverão pedir judicialmente a entrega immediata do penhor,⁵ observando o processo do art. 281 do Regul. n. 737 de 1850; ou, se se tracta de antichrese, deverão proceder na forma dos arts. 208, 209 e 210 do Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890.

Se a coisa dada em garantia não cobre o valor da divida, não ha mais razão de ser para a remissão; os syndicos provisorios não podem

¹ Decr n 917, art. 36, d

² Decr. n.917, art. 66.

³ Decr. n. 917, art. 36, g.

⁴ Decr. n. 917, art. 36, i; Igual disposição contém o Cod. Com. Italiano art. 772, mas não pôde o penhor ser remido antes de verificado o credito CUZZERI, no IL Codice di Com. Ital. Commentato, vol. 7, n. 479.

⁵ Cod. Com. art. 278.

fazel-a.¹ Por isso é que a lei exige sempre a auctorisação do juiz, que deve ter muito em vista o beneficio da massa. Aos syndicos definitivos é que incumbe proceder opportunamente á liquidação, citando o credor para trazer a leilão a cousa dada em penhor ou em antichrese e incluindo-o como chirographario pelo excedente.²

A massa só tem de remir os penhores dados pelo proprio fallido (n. 780).

451. 6.º Recolher a estabelecimento bancario de confiança delles syndicos, e sob sua responsabilidade, quantias provenientes da venda de bens e mercadorias, da cobrança de dividas ou de qualquer outra procedencia.³ Com o fim de prevenir o abuso, a lei não admitte que dinheiros da massa fiquem em poder dos syndicos, comquanto ell depositários; manda que sejam recolhidos a algum banco, de sua confiança e sob sua responsabilidade.⁴

A retirada do dinheiro dos bancos pode livremente ser feita pelos syndicos, prestando contas afinal.

452. 7º Despender o que for estrictamente necessário ao preenchimento de suas funcções.⁵ A administração provisória da massa exige despesas, salários de empregados etc. etc. e não podia a lei prohibir que ellas fossem feitas.

¹ Decr n. 917, art. 70, n. II § 2, verb.: ... a beneficio da massa.

² Decr n. 917, art. 70, n. II § 2, verb.: ... a beneficio da massa.

³ Decr. n. 917, art. 36 § 1. Vide o Cod. Com., art. 836.

⁴ O Decr. n. 917 no art. 151 manda fazer o deposito dos *dinheiro tencentos á massa* ou a ella contestados em algum banco que o juiz designar. Entretanto, manda os syndicos escolherem estabelecimento bancario de confiança para a elle recolherem as quantias apuradas. No meio desta contradicção não podemos achar claramente a intenção legislativa.

⁵ Decr. n. 917, art. 36 § 1

453. 8º Propor todas as acções tendentes a completar e indemnizar a massa.¹

454. 9º Representar, conjunctamente com o curador fiscal, a massa dos credores, em juízo, quer como auctora quer como ré,² não podendo, porém, intentar, seguir ou defender acção nenhuma em nome da massa sem auctorisação do juiz.³ A falta de intervenção do curador fiscal e da auctorisação judicial anulla o processo.⁴ Entendem alguns que esta nullidade é relativa e somente pode ser allegada pela parte prejudicada: a massa. Pensam outros que a nullidade é absoluta e pode ser decretada quando mesmo não allegada, pois se tracta de uma formalidade tendente a manter as garantias que a lei estabeleceu na administração collectiva da massa.⁵

SECÇÃO IV

Inventario, Levantamento ou Verificação do Balanço,

Exame de Livros

SUMMARIO. 455. Importancia dos actos apontados na epigraphe desta Secção. – 456. Inventario dos bens. – 457. Verificação e levantamento do balanço da lista dos

¹ Decr. n. 917, art. 36, k.

² Decr. n. 917, art. 25;

³ Decr. n. 917, art. 26;

⁴ E' nulla a acação intentada contra os syndicos de uma massa fallida sem ser ouvido o curador fiscal e sem constar auctorisação do juis. Ac do Trib. De Just. De S. Paulo, de 27 de Janeiro de 1898(Gaz. Jurid. De S. Paulo, vol. 13, pág 301)

⁵ Nesse ultimo sentido vide BOILLEUX Sur BOULAY-PATY, Traité dês Faillites, vol. 1, n. 294.

credores. – 460. Tempo dentro doqual devemser preparadps aquelles documentos.

455. No periodo de instrucção não ha talvez actos mais importantes do que o inventario dos bens, o levantamento do balanço ou verificação do que foi apresentado pelo fallido. Aos syndicos provisorios cabe esse dever,¹ que precisa ser desempenhado com muita intelligencia, zelo, interesse e consciencia.

Nos elementos que essas peças têm de ministrar é que os credor averiguam a situação do devedor, entram no conhecimento do estado real da fallencia, dos recursos e do passivo desta, e se habilitam a tomar as deliberações mais convenientes a seus interesses; é á vista delles que o curador fiscal organisa o seu relatório, informando aos credores! sobre as causas da fallencia e sobre a conducta do fallido antes e depois da fallencia;² é emfim sobre taes documentos, servindo de corpo delicto, que se instaura o processo penal contra o fallido.³

456. O inventario consiste na descripção ou relação detalha dos effeitos moveis, dos bens de raiz e das dividas activas do commerciante. Deve constar delle tudo quanto foi arrecadado pelos syndicos.

Quando se tractar de fallencia de sociedade proceder-se-á separadamente ao inventario dos bens sociaes e dos de cada um dos sócios, de modo que não se confundam nas operações da administração e liquidação do activo e passivo sociaes.⁴

457. Quando a fallencia é espontaneamente declarada pelo devedor, a lei obriga-o a apresentar o balanço do seu activo e passivo (ns.

¹ Decr. n. 917, art. 86, h.

² Decr. n. 917, art. 40.

³ Decr. n. 917, art. 78 § 2.

⁴ Decr. n. 917, art. 73 § 1.

110 e 111). Os syndicos não têm mais do que verificá-lo, rectificando os erros, infidelidades ou omissões que encontrarem (n. 111).

Ordinariamente, porém succede que a fallencia é provocada pelo credores, e o juiz a declara independente da exhibição daquelle documento.

Nesse caso, os syndicos têm de proceder ao levantamento do balanço e inventario, podendo exigir do fallido as informações de que necessitarem (n. 240).

Em todo o caso devem os syndicos proceder ao exame por inteiro dos livros,¹ e é desta diligencia que depende a principal prova da boa fé do fallido na gestão de seus negocios. A consciencia do commerciante deve estar transfundida inteiramente em seus livros commerciaes, disse RENAULT no Conselho de Estado da França, e identico pensamento reproduziu o egregio MANCINI, relator da commissão encarregada de estudar a materia de fallencia: *il vero specchio dello stato economico del commerciante stà nei libri di commercio*.

458. Para a organização dos inventarios, levantamento ou verificação do balanço e exame de livros precisa-se muitas vezes de habilitações especiaes; por isso permite o Decr. n. 917 que os syndicos possam ser auxiliados por peritos de sua confiança, mas sob sua responsabilidade.² Os syndicos devem ser auxiliados, porém não substituidos pelos peritos. Toda a responsabilidade do exame, peça de grande alcance no processo da fallencia, é dos syndicos. Na escolha desses auxiliares devem ter, portanto, a maxiima liberdade, e ajustar previamente os seus salarios; aconselhando a prudencia que, para esse acto, solicitem do juiz a devida auctorisação.

¹ Cod. Com., art. 18.

² Decr. n. 917, art.36, h.

459. Devem os syndicos de accordo com o curador fiscal organizar, por ocasião do levantamento do balanço, a relação dos credores commerciaes e civis do fallido, e, se se tractar de sociedade, a dos credores sociaes e dos particulares de cada socio, para servirem de base á verificação provisoria dos creditos (n. 477).

Esta relação ou lista, contendo a importancia dos creditos, sua natureza, nomes do credor e residencia, deve ser fornecida com a precisa antecedencia ao escrivão do processo para fazer as notificações para a reunião (n. 469).

Para a organização desta lista têm os syndicos de procurar elementos nos livros commerciaes e a faculdade de solicitar dos credores, e do fallido, as precisas informações.¹

Os credores podem tambem apresentar espontaneamente os seus titulos, e quanto aos titulos de obrigações ao portador devem deposital-os em mão dos syndicos, como tudo se dirá melhor no n. 477.

460. Quer o Decr. n. 917 que os inventarios, o balanço, o exame de livros e as relações dos credores sejam preparados dentro de 20 dias para serem apresentados na reunião de credores. Ordinariamente não é possivel cumprir-se a lei, e a praxe tem-na modificado neste ponto (n. 467).

SECÇÃO V

Continuação do negocio do fallido

Summario. — 461. Justificação da providencia — 462. Só o fallido requerel-a. — 463. Gerencia do negocio. Intervenção dos syndicos. — 464. Cautelas legaes. —

¹ Quanto ao fallido é expresso o art 14 do Decr. n. 917; quanto aos credores, decorre do principio: quem quer os fins deve auctorisar os meios.

465. Cassação da auctorisação judicial. —

466. Lucro ou prejuizos do negocio.

461. A fallencia tem por escopo liquidar o activo e partilha-lo entre os credores. E' natural, pois, que cessem as operações do commerciante desde que é declarada a sua fallencia.

A interrupção brusca do gyro commercial da casa pode, porém trazer ao fallido, como á propria massa, irreparavel prejuizo, especialmente quando se tracta de estabelecimento em que a freguezia constitue parte mais importante, e taes são as casas de venda a retalho, cafes, espectaculos publicos, etc., etc.

Para garantir a permanencia da freguezia, e no intuito de facilitar ao fallido uma vantajosa proposta de concordata por pagamento, na primeira phase da fallencia, a lei, como medida conservatoria, permite a continuação do negocio mediante certas cautelas.¹

462. O fallido é quem deve requerer ao juiz da fallencia a auctorisação necessaria para a continuação do negocio, devendo ser ouvidos os syndicos e o curador fiscal,² que têm de dar o seu parecer sobre a conveniencia da medida impetrada e informar o que for a bem dos interesses da massa sem prejudicar os do fallido.

463. Por louvavel condescendencia a lei dá ao fallido o direito de indicar a pessoa sob cuja direcção tem de continuar o negocio,

¹ Decr. n. 917, art. 37 pr.

— As legislações sobre fallencia geralmente admittem essa medida, mandando umas que seja o proprio fallido que fique á testa do negocio (Cod Belga, 475), e outras, os syndicos (Cod. Francez, art. 470, Chile, art. 1407, Italiano, art. 750). Na Inglaterra, o Bankruptcy Act, 1883, dá ao trustee, depois de auctorisado pela committee of imspection, o power to carry on Bankrupft's Trade (S. 57, sub. s. 1.).

² Decr. n. 917, art. 37 pr.

syndicos exercem directa fiscalisação sobre esse gerente e nomeam prepostos encarregados do escriptorio.¹

464. As compras e vendas serão feitas a dinheiro de contado, salvo auctorisação especial dos syndicos para que possam ser effectuadas a prazo não excedente de 30 dias,² e serão escripturadas em livros especiaes, abertos, numerados, rubricados e encerrados pelo curador fiscli ou por um dos syndicos, gratuitamente.³

Tractando-se de uma medida conservatoria com o fim de não desorganisar o commercio ou industria do fallido, podem ser concluidas as operações começadas, e emprehendidas outras absolutamente indispensaveis para acudir ás necessidades da freguezia. E' o que está no espirito da lei. A proposito da continuação provisoria do commercio do fallido, expressa-se muito bem o Cod. Com. do Chile, art. 1407: "a auctorisação somente faculta uma liquidação progressiva, e em caso nenhum pode-se emprehender especulações, nem operações que importem ta continuação effectiva do commercio que fazia o fallido."⁴

465. A auctorisação dada para a continuação do negocio pode se cassada pelo juiz, sob representação do curador fiscal ou dos syndicos.⁵

466. Os lucros ou prejuizos do negocio correm por conta da massa dos credores; esta é a responssvel por todas as obrigações contrahidas. Os credores já por vendas que fizerem, já por serviços

¹ Decr. n. 917, art. 37 pr.

² Para evitar duvidas essa auctorisação deve ser dada por escripto.

³ Decr. n. 917, art. 37 § 1.

⁴ E' esse tambem o conceito dos escriptores francezes e italianos. Vide BEDARRIDE, *Traité des Faillites*, n. 272; BOILEUX sur BOULAY-PATY. *Traité dès Faillites*, n. 357, CUZZERI, *IL Cod. Com. Ital. Commentato*, vol. 7. n. 389.

⁵ Decr. n. 917, art. 37 § 2.

prestados, como prepostos, etc., são credores da massa e não credores na massa ou da falleneia, e, portanto, preferidos a quaesquer outros.¹

SECÇÃO VI

Convocação e reunião ordinaria dos credores

ARTIGO I

Convocação dos credores

Summario. — 467. Designação de dia para a reunião dos credores. — 468. Prazo para a convocação dos credores. — 469. Meios de convocação.

467. Ao juiz cumpre designar o dia para a reunião dos credores, a qual deve ter logar dentro de vinte dias, contados da publicação da sentença declaratoria da fallencia.²

Este espaço de tempo é insufficiente nas grandes fallencias, e especialmente nos casos em que o fallido não tendo declarado espontaneamente o seu estado, apresentando o balanço, inventario e lista de credores, este serviço ficou a cargo dos syndicos provisorios (n. 455). Por essa razão, ordinariamente, os juizes designam o dia da reunião a requerimento do curador fiscal, quando este lhes dá conhecimento de se acharem promptos ou bem adeantados os documentos que têm de ser apresentados em reunião, e contam-se então os vinte dias do despacho naquelle requerimento.³

¹ Decr. n. 917, art. 37 § 3.

² Decr. n. 917, art. 38.

³ E' essa a praxe invariavel seguida na Capital Federal.

O juiz, quando reconheça a impossibilidade de effectuar-se a reunião dentro do prazo legal, deve, não obstante, exercer severa vigilância sobre os syndicos e curador fiscal para que não abusem, protelando, a convocação dos credores.

468. Têm-se levantado forte censura contra o curto intervallo concedido para a convocação dos credores, allegando-se ser impossivel o comparecimento dos residentes nos Estados remotos ou no estrangeiro. A lei, porém, foi cautelosa, ordenando que os credores ausentes em lugar sabido e com os quaes haja comunicação telegraphica seja avisados por este meio (n. 469), e lhes deu o direito de constituirem procurador também por telegramma (n. 426).

Accresce que no lugar do principal estabelecimento do devedor onde este de ordinario se compromette a satisfazer todos os compromissos e obrigações, os credores de praças longinquas têm, quasi sempre, representantes ou procuradores aptos para defenderem seus interesses.

Uma das vantagens do processo da fallencia é a sua expediencia, pela ausencia de um ou outro credor não é licito sacrificar os interesses da maioria e do failido... A ausencia não os prejudica; a reserva dos dividendos que lhes tocarem¹ tornal-os-á indemnes de qualquer prejuizo, e, como bem observa RENOUARD. se a força das circumstancias é um obstaculo a se apresentarem na reunião da concordata, acharão séria garantia no interesse pessoal dos credores presentes.²

469. A' vista das relações dos credores commerciaes e civis, e particulares dos socios, quando se tractar de fallencia de sociedade, relações vque os syndicos devem fornecer ao escrivão do processo (n. 459), este procede á notificação on citação dos credores.

¹ Decr. n. 917, art. 63 § 3.

² Traité des Faillites, vol. 1, pag. 634.

Essa convocação é feita:

a) Por *edital*, publicado pelo menos três vezes, no jornal official e em outro de maior circulação indicado pelo juiz.¹ Esta indicação deve o juiz fazer no despacho pelo qual designa dia para a reunião dos credores.

O aviso pela imprensa, pondera BOILEUX sur BOULAT-PATY, tem a dupla vantagem de dar a maior publicidade á convocação dos credores, cuja atenção se acha despertada pela publicação da sentença declaratoria da fallencia, e de impedir que as pessoas de má fé ou mal intencionadas se queixem que a reunião dos credores fora parcial, clandestina ou irregular.²

b) Por *telegramma* ou *telephonème*, aos credores ausentes em lugar sabido, e com os quaes sejam possiveis esses meios de communicação.³

c) Por *carta*, aos credores residentes om lugar sabido, quando em razão da distancia seja possivel recebel-a com tempo de comparecer ou mandar procurador. A carta deve ser expedida *registrada* com recibo de volta.⁴

ARTIGO II

Reunião ordinaria dos credores

Summario. — 470. Reunião dos credores, e sua representação. — 471. Presidencia do juiz. — 472. Numero de credores exigido

¹ Decr. n. 917, art. 38 § 1.

² Traité des Faillites, vol. 1, n. 430.

³ Decr. n. 917, art. 38 § 2.

⁴ Decr. n. 917, art. 38 § 2.

para as deliberações. 473. A reunião não pode ser adiada. — 474. Ordem dos trabalhos. — 472. Acta da reunião.

470. No dia, hora e logar designados, os credores reunir-se-ão afim de verificar os créditos, resolver sobre a liquidação do activo da fallencia, formar ou não a concordata que por ventura lhes seja proposta e nomear a administração definitiva da massa quando formado o contracto de união.

Essa reunião é presidida pelo juiz da fallencia,¹ e a ella devera comparecer o curador fiscal, os syndicos e o fallido ou seus representantes² e o respectivo escrivão do processo.³

O escrivão fará á chamada dos credores pela lista organizada pelo curador fiscal e pelos syndicos (ns. 459 e 478).

Os credores poderão se representar pela forma já exposta no n. 425.

471. O juiz, na presidencia dessa reunião, deve rejeitar as procurações mal ordenadas,⁴ dirigir todo o trabalho, manter a ordem e respeito nas discussões, resolver de prompto as questões que se suscitarem, observando com muita consciencia a formula exposta no n. 404.⁵

¹ Decr. n. 917, art. 38 pr.

² Decr. n. 917, arts. 38 pr. e 14. O comparecimento do fallido deve ser pessoal e somente pode fazer-se representar por procurador quando ocorrer justo motivo e obtiver licença do juiz (Vide n. 241).

³ Decr. n. 917. art. 145.

⁴ Ord. L. 3, T. 20 § 10. Veja-se ainda o n. 426.

⁵ RENOUARD, Traité des Faillites, vol. 2, pag. 3: "La présence de ce magistrat assure l'ordre des délibérations, les rend plus faciles par l'intervétion conciliante d'une antorité à la fois éclairée et dósintéressée, enfin porte la surveillance et la lumière au milieu des débats ou la marche de la faillite s'explique, ou le secret des influences diverses destinées à agir sur ses actes se dévoile et quelquefois se trahit".

472. A reunião funcionarà qualquer que seja o numero de cedores presentes, e a decisão da maioria destes obriga os ausentes,¹ salvo:

a) nas deliberações sobre concordata, para a qual se exigem no minimo três quartos da totalidade dos credits chirographarios (n. 527);

b) nas eleições dos syndicos definitivos e da commissão fiscal, onde a votação deve representar mais de metade do valor do passivo (n. 596);

c) nas deliberações sobre renuncia pura e condicional dos bens arrecadados em favor do fallido, sua viuva ou seus herdeiros, caso em que deve ser unanime (n. 430).

473. A' excepção do caso exposto no n. 480 *infra*, só por motivo extraordinario e convindo os credores poderá ser adiada a reunião convocada.²

474. Passando-se á ordem dos trabalhos proceder-se-á em primeiro logar á *verificação de créditos*³ da qual se tracta especialmente nos ns. 476 e segs.

Era segundo logar, depois de verificados os credits, o curador fiscal e os syndicos apresentarão os *inventarios*, o *balanço* e o *exame de livros*⁴ (n. 455).

¹ Decr. n. 917, art. 144. Cod. Com., art. 844.

² Decr. n. 917, art. 144. Cod. Com., art. 844.

³ Decr. n. 917, art. 39 §§ 1 e 2.

⁴ Decr. n. 917, art. 40. Sob o dominio do Cod. Com. era o juiz quem fazia o relatorio exacto do estado da fallencia e de suas circumstancias, segundo constasse do processo (art. 845).

Em terceiro logar fará o curador fiscal *succinto relatorio* sobre as causas que determinaram a fallencia, informando sobre o procedimento do fallido antes e depois da declaração da fallencia, de modo que os credores possam formar juizo sobre a boa ou má fé, a culpa ou o dolo com que procedeu o devedor (n. 408).

Esse *relatorio* do curador deve ser escripto e não oral, pois é documento que vae instruir o processo criminal.¹

O fallido (ou seu representante: procurador, viuva ou herdeiros) poderá oppor as reflexões que julgar a bem de seu direito, e o juiz ou qualquer oredor interrogar o fallido.²

Em quarto logar passar-se-á a resolver sobre a *concordata* que o fallido ou seu representante por ventura apresente. Sobre concordata vide Capitulo V.

Em quinto logar, no caso de formar-se o *contracto de união*, os credores elegerão os syndicos definitivos e commissão fiscal. Vide o Capitulo VI, Artigos II e III.

Em sexto logar resolverão os credores sobre a *prestação de alimentos* ao fallido, se este requerer, ou se os syndicos a propozerem (n. 246).

475. Finalmente, nada mais havendo a resolver, o escrivão lavrará acta circunstanciada da reunião, que, depois de lida e approvada pelos credores, será assignada pelo juiz, curador fiscal, syndicos, fallido e credores que quizerem.³

¹ Decr. n. 917, art. 78 § 2.

² Decr. n. 917, art. 40 § unico.

³ Decr. n. 917, arts. 57 e 145.

SECÇÃO VII

Verificação provisoria dos creditos

Summario. — 476. Defeitos do Decr. n. 917 sobre as disposições relativas á verificação de creditos. — 477. Organização da lista de credores. — 478. Reclamação contra ella. — 479. Se não ha reclamação dão-se por verificados os creditos. — 480. Comissão de syndicancia. — 481. Solução das duvidas. — 482. Esta verificação é provisoria. Mostra-se ainda a imperfeição da nossa lei. — 483. Direito de os credores promoverem a sua admissão quando excluidos, ou a exclusão dos verificados.

476. Uma das partes mais defeituosas do Decr. n. 917 é a que se refere á verificação dos creditos. Para facilitar a intelligencia do art 39 deste Decr., é mister estendal-o á luz dos arts. 845 e 846 do Codigo Commercial, que lhe serviram de fonte. Em todas as legislações encontra-se cuidadosamente regulado tão importante assumpto, que se prende á sorte da fallencia;¹ infelizmente o systema adoptado pelo Decr. n. 917 é o que de mais absurdo se pode imaginar. Vide n. 482.

¹ Em quasi todas as legislações a verificação dos créditos é connexa á sua respectiva graduação, e é uma e definitiva, constituindo o ultimo acto do periodo provisorio da fallencia. Vide Cod. Com. Prancez, arts. 491 a 503; Cod. Com. Belga, arts. 496 a 508; Italiano, arts. 758 a 770; Portuguez, arts. 714 a 716; Lei Roumaica, art. 768 a 780; Lei Hungara, arts. 125 a 151; Lei Suissa, arts. 244 a 251; Cod. Com. Chileno, arts. 1439 a 1453; Argentino arts. 1443 a 1462.

Deve-se observar que dois systemas principaes preponderam neste assumpto: em um o juiz é quem procede á verificação, em outro são os proprios credores, sob a presidencia do juiz.

A Lei Inglesa sobre fallencias, Act 1883, não contém regras precisas sobre a verificação de créditos. Ahi, como em nosso Decr. n. 917, os credores são chamados a deliberar antes de inteiramente verificado o passivo; somente admittidos a votar os que antes da reunião se habilitarem.

477. A' vista dos livros commerciaes da casa fallida e informações exactas que possam obter, os syndicos provisorios e o curador fiscal orgnnisarão a lista doa credores que têm de votar e ser votados na reunião (n. 459).

Os proprios credores poderão espontaneamente se habilitar a tomar parte nas deliberações apresentando os seus titulos ao curador fiscal e aos syndicos, com reclamação por petição para o juiz.¹ Esta apresentação dos credores facilita muito o trabalho dos syndicos, e torna-se muitas vezes indispensavel quando a escripturação da casa não existe ou esteja mal preparada.

Naquella lista serão contemplados os credores por titulos ou obrigações ao portador que, pelo menos dois dias antes da reunião, os depositarem era mão dos syndicos. Aquelles que não fizerem esse deposito não tomarão parte nas discussões e deliberações, nem serão attendidos para o calculo da maioria.²

478. Pela *lista* assim organizada procede-se á chamada na reunião (n. 470). Contra a inclusão ou omissão, qualquer credor, ou poroprio fallido, pode reclamar.³

479. Se os credores presentes dão por verificados os créditos constantes da lista, o que tem logar quando nenhuma reclamação apparece contra a lista organizada pelos syndicos e curador fiscal, passa-se aos subsequentes termos da reunião conforme explicado foi no n. 474.

480. Se, porém, se apresentam reclamações sobre inclusões ou exclusões, os credores presentes, não contestados, elegem, por

¹ Decr. n. 917, art. 39 § 3.

² Decr. n. 917, art. 39 § 4.

³ Decr. n. 917, art. 39 pr.

maioria de votos,¹ uma comissão de dois ou três membros² para proceder ao devido exame. O juiz, attendendo á importancia do trabalho que vae affecto á comissão, pode suspender a reunião por algumas horas ou adial-a para d'ahi a dias, não excedendo de oito, independente de nova convocação pela imprensa.³

481. A comissão, examinando os livros e papeis do fallido (se houver necessidade), na mesma ou em a nova reunião designada, apresentará, em resumo por escripto, a sua opinião sobre as contestações offe recidas. O juiz sujeitará a debate o parecer, e depois admittirá ou não os credores contestados a tomarem parte nas deliberações.⁴

O juiz é quem dá a ultima palavra, e da sua decisão não cabe recurso .⁵ Vide n. 483.

489. Essa *verificação de credits* é simplesmente provisoria e tem por fim unico habilitar o credor a tomar parte nas deliberações que são proprias dessa reunião de credores, isto é, resolver sobre concordata, votar, ser votado para svndico ou membro da comissão fiscal, conceder alimentos ao fallido, etc, etc.

A verificação definitiva dos credits, que estabelece as bases da distribuição do activo da fallencia, é simultanea com a *classificação ou graduação* de credits; é feita pelos syndicos definitivos e comissão fiscal, e segue o processo desenvolvido nos ns. 640 a 655.

¹ O juiz não tem attribuição de nomear essa commissao. Senão nullos todos os actos decorrentes de uma tal verificação. (O Direito, vol. 29, pag. 193).

² O juiz deve, antes de proceder á eleição da comissão, consultar sobre o numero de membros de que ella se têm de compor.

³ Decr. n. 917, art 39 § 1.

⁴ Decr. n. 917, art. 39 § 2.

⁵ O Trib. de Just de S. Paulo, em Ac de 6 de Julho de 1894, resolveu que, nesse caso, não cabe agravo, nem mesmo com fundamento no art 669 § 15 do Regul. n. 737. *Gaz Jurid. de S. Paulo*, vol 6, pag. 76.

Os credores são, pois, chamados a deliberar antes de definitivamente verificado o passivo do devedor, antes de serem graduados, e portanto reconhecidos os seus direitos e a medida destes na fallencia; ou melhor: são credores presumptivos, com um direito apparente, e que podem desaparecer na verificação definitiva.

Que valor tem uma maioria representada por credores taes?

O bom senso diz-nos que não ha maioria legitima e capaz de uma deliberação decisiva senão quando composta de credores certos, sobre os quaes não possa haver duvida

Não precisa ser assignalado o grande inconveniente deste absurdo systema; estão ahi os factos quotidianos mostrando as grandes fraudes nas votações de concordatas, eleição de syndicos, e outras medidas resolvidas com o fim de enriquecer o devedor espoliando os credores de boa fé. Credores simulados, credores fraudulentos, comparsas do jogo onde os credores verdadeiros perdem ao certo, fazem a maioria occasional em numero e valor de creditos destas reuniões; o juiz não tem elementos para de momento resolver as reclamações. Ordinariamente attende ao titulo com o qual o *soit-disant* credor se apresenta, e, se não se offerecem duvidas apparentes, admite-o a tomar parte nas deliberações. O juiz contenta-se com o *fumus juris*.

Que seriedade podem inspirar as concordatas, ou as deliberações tomadas por credores *provisoriamente* reconhecidos e discrecionariamente graduados, e muitas vezes em numero inferior ao que realmente mais tarde, na *verificação definitiva*, se reconhece como fazendo parte da massa?

São dignas de meditação, por transpirarem verdade, as linhas seguintes de RENOUARD: "Tant que la vérification des créances n'est pas complete, tant que l'état vrai de l'actif et du passif n'est pas connu, rim

concordat est une traité ténébreux ou se logent trop á l'aise la ruse et la fraude."

As nossas concordatas actuaes são esses caliginosos convenios a que se refere o illustre escriptor francez. Vide n. 516.

De ordinario, a lista de credores é extrahida de livros por si só suspeitos, e são credores taes que vão decidir da sorte da fallencia!

483. Dissemos acima que, da decisão do juiz admittindo ou excluindo da reunião credores reclamantes ou contestados, não cabia recurso algum. Mas accrescenta o Decr. n. 917, no art. 39, § 2 *in fine*: fica salvo a qualquer credor o direito de promover pelos meios ordinarios a exclusão do admittido, e ao contestado o de requerer a sua admissão.

Que se entende por *meios ordinarios*?

Que vantagem ha em promover essa admissão ou exclusão quando se tracta de uma verificação provisoria cujo fim unico é habilitar o credor a votar e ser votado ria reunião, a qual não espera pela solução dessas duvidas?

Devemos confessar que, entendida por sua letra, não ha explicação possivel para a disposição do art. 39, § 2.º *in fine*. A lei, porem, tem de ser interpretada afastando-se todo o sentido que torne illusorios os seus effeitos ou que leve ao absurdo.

Os meios ordinarios a que o Decr. n. 917 se refere são os outros que por direito cabem no caso, e que este mesmo Decr. estabeleceu nos arts. 61 e 62. Por occasião da verificação definitiva e classificação dos créditos, devem os credores exhibir seus titulos e pedir o reconhecimento e classificação do seu credito (n. 645); se attendidos não forem, poderão reclamar dentro do prazo legal ao juiz (n. 648) e, da

decisão deste, agravar para o superior competente (n. 650) ou propor as acções a que se julgarem com direito contra a massa (n. 651).¹

Se é formada a concordata, o credor contestado, que é o mesra excluído, não fica sujeito aos seus efeitos; pode exigir principal juros (n. 522).

SECÇÃO VIII

Encerramento e soluções da fallencia no primeiro periodo

Summario. — 484. Encerramento da fallencia no periodo provisorio. — 485 a) Integral pagamento. — 486. b) Abandono e pobreza da massa. — 487. e) Renuncia dos bens. — 488. Soluções da fallencia no periodo provisorio: c) A concordata por pagamento; b) O contracto de união. — 489. Diferença entre encerramento e solução da fallencia.

484. A fallencia pode, em seu periodo provisorio ou de informação, ser encerrada ou, como vulgaraente se diz, trancada, nos casos seguintes:

485. a) Pagamento integral feito pelo devedor a todos os credores. Não ha mais razão de ser para proseguimento do processo de

¹ Assim geralmente não se tem entendido. O Tribunal de Justiça de S. Paulo, por Ac. de 23 de Abril de 1895, resolveu que um credor por letras, excluído das deliberações na reunião dos credores sob o fundamento de ser credor particular de um dos sócios da firma fallida, podia por *acção decendiaria* intentada contra a massa ser reconhecido com direito ao pagamento das letras ajuizadas. Parece-nos incorrer em censura o respeitavel acoordam.

A admissão de que tracta o art. 39 § 2 do Decr. n. 917 é somente para tomar parte na reunião, deliberando, votando etc. O credor devia aguardar a verificação definitiva e graduação dos credits, e, caso não fosse ainda attendido (usar dos meios legais para ser então reconhecido o seu direito ao pagamento das letras.

fallencia, pois não ha mais devedor. Nem obsta a intervenção do ministerio publico no processo, pois tendo esta intervenção por fim a verificação de culpa ou dolo do fallido, com a superveniente quitação dos credores perde essa verificação todo o interesse em ser apurada.

O fallido, com a quitação obtida, tem direito a ser restituído á sua anterior posição, sendo declarado sem effeito o processo e mandando-se-lhe entregar os bens arrecadados, prestadas as contas dos syndicos.¹

Do despacho que manda proseguir a fallencia ainda depois de pagos os respectivos credores cabe agravo, com fundamento no § 15 do art.669 do Regul. n. 737, porquanto d'elle pode resultar damno irreparavel, quer relação ao credito do commerciante prejudicado pela decisão judicial, quer quanto á propriedade e legítimos interesses envolvidos na mesma fallencia.²

486. b) *Abandono e pobreza da massa, ou melhor, insufficiencia do activo.*³

O Decr. n. 917 não cogitou expressamente desta hypothese, eutretanto no art. 67 § unico se refere ao caso do activo ser insufficiente. Não existindo bens e havendo o abandono por parte dos credores, falta objecto para o processo da fallencia. O juiz encerra o processo, a passa dissolve-se, voltando os credores ao exercicio de suas acções individuaes

¹ Três interessantes decisões nesse sentido offerencia a antiga jurisprudencia: uma, a sentença do dr. ORLANDO, Juiz de Direito de Porto-Alegre na fallencia de Carlos Bento Dias de Carvalho (*O Direito*, vol. 7, pag. 573) outra, o Ac. da Relação da Corte de 11 de Maio de 1877 (*O Direito*, vol. 13J pag. 406); outra, o Ac. da Relação do Rio de 14 de Dezembro de 1877 (*O Direito*, vol. 15, pag. 399). No dominio do Decr. n. 917 o Tribunal de Justiça de S. Paulo, em Ac. de 6 de Março de 1896, suffragou a mesma doutrina (Gaz Jurid. de S. Paulo, vol. 11, pag. 172).

² Ac. da Rel. da Corte de 11 de Maio de 1877, n'O Direito, vol.13, pag. 406.

³ O Cod. Com. Francez, art. 527, chama *insuffisance de l'actif*; o Italiano, art. 871, mancanza di attivo, os Cods. da Republica Argentina, art. 1492, e do Chile, art. 1495, *insuficiencia del activo*. Vide o systema austriaco a esse respeito em a nota 6, pág. 36.

contra o devedor e ficando em situação identica á que tinham antes da declaração da fallencia.

O encerramento do processo não importa, porém, o livramento penal do fallido; deve contra elle ser instaurado o processo da qualificação da fallencia.

487. c) *Renuncia pura ou condicional dos bens arrecadados*, feita pelos credores, em favor do fallido, sua viuva ou seus herdeiros, nos termos do art. 149 do Decr. n. 917 (n. 430).

Esta renuncia importa remissão total do debito e exonera o fallido. Desapparece a fallencia desde que não ha mais bens a liquidar.

488. A fallencia pode tambem, no período provisorio, ter as *soluções* seguintes:

a) *A concordata por pagamento.*

No Capitulo V tractamos desta importante materia. Vide ns. 503 e segs.

b) *O contracto de união*, constituído:

1. por não ter o fallido apresentado proposta de concordata na reunião ordinaria de credores de que tracta o art. 38 do Decr. n. 917;¹

2. por ter sido regeitada a proposta de concordata por pagamento;²

3. por ter sido formada a concordata por abandono;³

¹ Decr. n. 917, art. 58.

² Decr. n. 917, art. 58.

³ Decr. n. 917, art. 53, a.

4. por não haver umero para votar a proposta de concordata apresentada na reunião ordinaria de credores.¹ Do contracto de união fala-se no Capitulo VI.

489. A' vista da exposição feita salienta-se a differença de estabelecemos entre o *encerramento* ou *trancamento* e a *solução* da fallencia.

Por meio do primeiro suspensas ficam as operações da fallencia por falta de objecto.

Por meio da segunda, ao contrario, determina-se o modo pelo se vae proceder á liquidação do passivo.

¹ Decr. n. 917, art. 58.

CAPITULO V

Da Concordata

Summario. — 490. Conceito da concordata. — 491. Sua natureza juridica — 492. Continuação. - 498. Continuação. - 494. Continuação. - 496. Concordata preventiva e concordata na fallencia. — 496. Formas da concordata na fallencia. — 497. Concordata por pagamento, seu conceito. 498 Continuação. — 499. Bases dessa concordata -600. Fiança ao seu cumprimento. - 501. Diversas convenções que não constituem concordata por pagamento. — 602. Comissão fiscal dessa concordata. — 603. Concordata por abandono; escorço historico - 504. Seu conceito. — 505. Continuação. — 606. Em que differe da cessão de bens. — 507. Clausulas que podem ser insertas na concordata por abandono.

490. A concordata, instituto juridico de tradicional origem.¹ aceita nas legislações cultas, em que pese a seus adversarios,² como um

¹ Sobre o desenvolvimento historico da concordata e salutar influencia que exerceu para abrandar os rigores da velha concepção da fallencia vide GUARIGLIA, II Concordato nel Diritto Italiano e Straniero, Cap. II; THAILEB, Des Faillites en Droit Comparé, vol. 1, pag. 59 e segs.

² Não têm sido poucos os adversarios da concordata. Em França, quando se discutiu o projecto da lei de 4 de Março de 1889, MR. DE SAINT-MARTIN e outros deputados propuzeram a supressão das concordatas remissorias. Eis como MR. LAROSE em seu

meio econômico, fácil e vantajoso de liquidação, como feliz expediente para evitar maiores males, — *melius est pauca dividere quam totum perdere*, conforme prudentemente aconselhava o velho STRACCHA, — consiste, em sua ampla accepção, num accordo especial entre o devedor e os seus credores, unânimes ou representados por certa maioria, tendo por

notavel relatório de 16 de Junho de 1887, resumia as razões dos adversarios da concordata: “Não se pode discordar do valor dos argumento apresentados pelos adversários da concordata. Em direito, dizem elles. não ha duvida que o credor tem a faculdade de remittir todo ou parte do seu credito, mas qual o interesse social que pode exigir que a minoria ceda á maioria, por mais numerosa que esta seja, para realizar aquelle abandono? Ninguém pode ser espoliado de seus bens contra vontade, e entretanto, sem contra os protestos da minoria, a maioria chega a consummar esse espolio! De facto, quantos escândalos revela o estudo do que se passa diariamente nas fallencias! Aqui é um credor que vende publicamente o seu voto; alli é um devedor que consegue convencer da solvabilidade de um fiador, especulando sobre o desejo de os credores terminarem com as delongas do processo. A concordata dá occasiao aos ajustes mais vergonhosos; baixa involuntariamente o sentimento moral dos commerciantes. Supponhamos, dizem ainda, que a convenção seja isenta de qualquer censura, porque desobrigar o fallido? Não é immoral que três mezes após uma concordata pela qual se deu 10% aos credores, uma opulenta herança ou especulações felizes permitiam o devedor insultar áquelles a quem deve a sua liberação solicitada na véspera com tanta humildade? Se quereis propagar as sãs ideas de moral fazei, se preciso for, que a vida inteira desse fallido seja consagrada a desobrigar se, concedei-lhe todos os prazos úteis, mas elle que saiba bem que, se torna á melhor fortuna, deverá pagar integralmente áquelles cuja confiança illudiu”.

M. CHALLAMEL, no *Bulletin de Legisl. Comparée*, 1887-1888, pag. 382, descreve-nos, por sua vez, o sehuinte quadro: “Propor que a concordata importe a reabilitação completa do fallido é, na realidade, desconhecer o modo pelo qual se formam as concordatas. Tende como certo: as duas columnas das concordatas são: a indiferença e a fraude. Em grande numero de fallencias ha, como nos mostraram na Inglaterra, um agente que faz o papel de compadre; muitas vezes é o credor que conquista assim uma posição privilegiada e se paga alem do seu credito. O agente solicita perante os credores; aos indifferentes pede uma procuração; aos recalcitrantes promette vantagens particulares. Repito: a obtenção de uma concordata nada prova em favor da honestidade do fallido.”

Essas razões pesam muito no espirito de quem sobre ellas medita e conhece o que se passa diariamente. Não ha a negar que a concordata tem os seus lados fracos, mas as liquidações operadas com as grandes immoralidades, que são a nota predominante das nossa fallencias, têm provado tão mal que a concordata se torna uma necessidade; pelo menos facilita e accelera a liquidação.

É certo também que as legislações modernas vão difficultando a concessão da concordata, impondo rigorosas condições.

O Cód. Com. Portuguez, art. 730 § 2, prohibe a concordata em porcentagem inferior a 50%, e limita o prazo de 5 annos para completo pagamento; a Lei Roumaica, art. 853 ns. 4 e 5, impõe como condições da concordata a obrigação de pagamento não inferior a 40% sobre o capital dos créditos e o prazo não superior a 18 mezes para esse pagamento; a Lei Húngara, art. 200, n. 5, exige também que o fallido proponha a seus credores pelo menos 40% do principal dos créditos.

fim evitar a declaração da fallencia ou fazer cessar os efeitos da que já existe declarada.¹

Dominada por princípios jurídicos que lhe são peculiares, a concordata não perde, entretanto, a sua feição contractual, seja embora um contracto anômalo, desde que ao devedor, já impossibilitado de pagar, já inapto para contractar sobre bens, interesses e direitos da massa, é conferida a extraordinária faculdade de, antes ou durante a sua fallencia, celebrar com os credores os accordos que entender²; seja mesmo um contracto original, em virtude da preponderância que a maioria dos credores exerce sobre a minoria, forçando-a a aceitar a sua vontade.

491. A muitos tem parecido que tal anomalia e originalidade afastam da concordata a idéa de contracto, sendo antes um acto ou processo judicial iniciado pela proposta do devedor e completado pela intervenção do juiz.

No direito moderno é, porém, doutrina triumphante a que se considera a concordata um contracto, e contracto bilateral.³

A concordata não figura, na verdade, entre os contractos de direito commum, pois reclama para a sua construcção juridica formalidades especiaes differentes das daquelles, e se reveste de outras garantias; mas é um contracto *sui generis*, creando obrigações

¹ Faltam-nos infelizmente dados estatísticos para mostrar a superioridade desse meio de liquidação. Em todos os outros paizes, apesar do rigor de formalidades, as estatísticas demonstram lisongeiros resultados em favor das concordatas.

² ESTASEN, *Inst. de Derecho Mercantil*, vol. 5, n. 18: "Este es uno de los contractos más anómalos y extraños que registra la legislación de todos los paises y la nuestra". DR. THEODORO MACHADO, Juiz do Commercio da Corte: "... por ser um contracto *anômalo* esse de concordata..." O Direito, Vol. 19, Pág. 373.

³ Por essa razão nos casos de obscuridade na redacção da concordata ou duvida no sentido de seus termos devem ser applicadas as regras da interpretação dos contractos.

directamente derivadas da convenção para os que a elle adherem e uma obrigação *ex-lege* para os dissidentes.¹

Procura-se por meio da concordata defender e salvar interesses communs. Era preciso evitar que o capricho, a teimosia, a avareza de um ou outro credor tentassem perturbar o interesse do maior numero, malogrando um accordo vantajoso já aos proprios credores, que poderiam assim obter mais do que a liquidação ordinaria lhes proporcionaria, já ao devedor que acharia facilidade em reconquistar a perdida posição. D'ahi a grande excepção ao principio fundamental dos contractos aberta pela lei e exigida pelas circumstancias. A massa dos credores forma uma associação; a maioria dicta a lei á minoria; é este o principio que prepondera nos corpos deliberativos.²

Exigir a unanimidade seria construir um instituto inutil, de impossivel viabilidade; nada mais difficil, reflexiona RENOARD, do que encontrar uma fallencia onde todos os credores, com a diversidade de situação, de interesses, de fortuna, de character, de relações com o devedor, com creditos differentes em quantidade e fundados em causa distinctas, tenham uma só vontade.³

Como, porém, se tracta de restringir direitos individuaes, todas as leis preoccupam-se muito em cercar de precauções e garantias

¹ E' essa a doutrina magistralmente sustentada por GUARIGLIA, IL Concordato, pag. 58, que se inspirou em LOHR, Über die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs (Berlim, 1891).

OETKER, Konkursrechtliche Grundbegriffe, considera a concordata como uma *obligatio ex-lege*.

Vide KELLER, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem sehwetiz. Bundesgesetz, über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich, 1891, pag. 117 e segs. onde vêm expostas as diversas theorias dos escriptores allemás sobre a natureza juridica da concordata.

Vide discurso do CONS. LAFAYETTE em a nota á pag. 347, onde diz ser a concordata um contracto de natureza particular.

² L. 5, Cod. 10, 63: "...atque id, quod maioris partis probaberit adsensus, solemniter firmet auctoritas".

³ Traité des Faillites, vol. 2, pag. 9.

aquelle acto importantissimo, onde não raras vezes se impõe á minoria verdadeiro sacrificio.

Eis a dificuldade da regulamentação.

Qualquer descuido do legislador pode converter o instituto da concordata, bello em seu conceito, promettedor em seu fins theoricos, num valhacouto da fraude, da tractantada, da má fé.

Como se portou o Decr. n. 917 em tal assumpto se dirá neste Capitulo.

492. Admittindo a concordata como uma medida destinada a amparar interesses reciprocos do devedor e dos credores, considerando-a não uma contenção pura e simples, nem um acto judicial ordinario, mas um contracto *sui generis*, criação da lei sob a mesma base e, com identico fim ao da fallencia, temos repellido os outros systemas representados para definir a natureza juridica daquelle instituto.

Não se pode ver na concordata a figura typica da *remissão*, isto, do perdão ou liberação graciosa da divida.

A *concordata* differe profundamente da remissão. Não falando na forma pela qual se apresentam na vida juridica esses dois contractos, são diversos os fins a que visam. A concordata não é o perdão liberação graciosa da divida; os credores não a acceitam *donandi causa* mas com o intento de evitar a fallencia ou della obterem o maior proveito, poupando despesas e obviando os perigos e demora da liquidação; não renunciam espontaneamente e por simples liberalidade aos se direitos, mas o fazem constrangidos, para salvar os destroços do fragio do devedor commum.

Accresce que a concordata pode consistir no abandono de todos de parte dos bens aos credores, o que repugna á idéa de *remissão*, ainda a própria concordata por pagamento, nem sempre contém

abatimento da divida, por exemplo, quando o devedor se obriga a pagar integralmente capital e juros dentro de tempo certo (n. 499).

493. A concordata também não reveste o caracter de transacção, pois esta é um meio de extinguir obrigações *litigiosas ou duvidosas*,¹ e aquella não tem por objecto obrigações dessa natureza; ao contrario, fundamenta-se em obrigações certas, reconhecidas pelo proprio devedor e admittidas ao passivo da fallencia.

O representante do credor com simples poderes de *administração* pode votar a *concordata*;² se ella fosse uma transacção, deveriam prevalecer as regras de direito commum, que para tanto exige poderes de disposição.³

494. Ha quem veja na concordata dois elementos de natureza diversa: um de direito publico, a obrigação de os credores reunirem-se em massa (se já assim não se acabam em virtude de declaração anterior da fallencia) e sujeitarem-se, em virtude de communhão de interesses, á lei do numero, salvo as disposições que restringem os poderes da maioria: outro de direito civil, uma transacção livremente concluida entre a massa dos credores e o devedor.⁴

A concordata é, na verdade, celebrada entre a massa dos credores de um lado e o devedor de outro, mas esse systema pecca pela base quando empresta á concordata o caracter de transacção.

495. Da noção exposta no n. 490 decorre a distincção primordial entre:

¹ L. 1, Dig. 2, 15.

² Decr. n. 917, art. 38, §§ 5 e 6.

³ PIMENTA BUENO, Processo Civil, pag. 49.

⁴ Tal é a doutrina de BRUSTLEIN ET RAMBERT, *Commentaire à la loi suasse sur la poursuite pour dettes et la faillite*, pag. 499.

a) *concordata preventiva*, e

b) *concordata na fallencia*.

Ambas têm um caracter judicial; a primeira obsta a declaração da fallencia e a segunda, tendo logar no curso da fallencia, faz apenas cessar os efeitos desta.¹

Não ha fundamento, pois, para a distincção que ordinariamente se faz entre *concordata judicial e extrajudicial* ou *preventiva*. A concordata, mesmo preventiva da declaração da fallencia é sempre judicial isto é, para que produza efeitos juridicos exige a intervenção da auctoridade judiciaria.

A *concordata preventiva* será em seus detalhes estudada na Parte Segunda deste livro. Vide ns. 911 e segs.

A *concordata na fallencia* constituirá o objecto do presente Capitulo, e della nos occuparemos d'aqui em deante.

496. A *concordata na fallencia* pode revestir duas formas:

a) por pagamento;

b) por abandono.

§1.º

Concordata por pagamento

497. A concordata por pagamento, também denominada concordata simples ou ordinária, é o accordo que o devedor faz com os seus credores chirographarios, obtendo destes prazo para o pagamento ou

¹ Decr. n. 917, art. 42.

algum abatimento na importancia dos creditos, ou uma e outra cousa ao mesmo tempo.

Ao devedor fica confiada a liquidação do activo; em virtude disso reassume a administração dos bens, da qual fora privado, e na posse delles se mantém pelo tempo accordado para o pagamento, nos termos propostos e acceitos.¹

498. A manutenção do devedor na posse dos bens que estavam sob a administração da massa não quer dizer, como alguns entendem, que o concordatario exerça direitos da massa, e seja como que um preposto desta. O devedor reassume a posse dos bens que lhe pertencem, exerce direitos proprios, e obra com toda a liberdade (n. 552).

499. A maior amplitude é dada ao devedor e credores na estipulação das bases da *concordata por pagamento*.

Assim:

1.º Pode ella ter por objecto tão somente a concessão de prazo para pagamento integral dos debitos, pagamento que pode ser effectuado já de uma só vez em uma epocha estabelecida, já rateadamente em periodos predeterminados.

Essa concordata, chamada pelos francezes *concordad d'atermoiement* pelos italianos *concordato moratorio*, pelos allemães *Stundungsvertrag* frustra perfeitamente o instituto da moratoria que na economia do Decr. n. 917 se cercou de vão apparato. Vide a Secção I do Capitulo I da Parte Segunda deste livro, specialiter, n. 898.

Differe, entretanto, da moratoria legal no seguinte:

¹ Decr. n. 917, art. 44 § 1.º

a) a *concordata-moratoria* deve ser proposta no curso da fallencia para fazer cessar os effeitos já existentes desta; a moratoria é um remedio preventivo da declaração da fallencia

b) a *concordata-moratoria* pode ser proposta e acceita ainda quando o activo do devedor é inferior ao passivo; a moratoria exige como elementos essenciaes que o passivo seja inferior ao activo, e que accidentes extraordinarios, imprevistos ou de força maior, levassem o devedor á impossibilidade de pagar.¹

c) na concordata-moratoria não tem limites legaes o prazo para o pagamento; as partes é que o estabelecera com a maxima liberdade. A moratoria não pode ser concedida por mais de um anno, e só em caso especial é prorogavel por mais outro anno.²

2.º Pode também a *concordata por pagamento* conter uma remissão de parte do debito. O devedor obriga-se a pagar um dividendo, isto é, tantos por cento sobre o seu passivo, obtendo quitação dos credores.

A essa figura de concordata chamam os escriptores francezes *concordat de remise*, os italianos *concordato remissorio*, os allemães *Nachlassvertrag*.

Sendo os credores os melhores juizes dos seus próprios interesses, por maior que seja a modicidade do dividendo promettido pela concordata, presume-se que resolveram com pleno conhecimento de causa, acceitando-a, por lhe trazer vantagens que o contracto de união não offereceria.³

A remissão, porém, não pode ser de todo o debito. Desappareceria, nesse caso, o conceito da concordata; dar-se-ia antes

¹ Decr. n. 917, art. 107.

² Decr. n. 917, arts. 111 e 119.

³ Algumas legislações limitam o dividendo minimo. Vide nota 2, in fine, á pág. 307.

uma renuncia, um acto de liberalidade, que aliás o Decr. n. 917, no art. 149, permite em favor do fallido, sua viuva ou herdeiros, desde que para elle concorra o voto unanime dos credores. Os antigos escriptores já diziam: *potest jus creditoris diminui, concurrenti maiori parte, non autem totum creditum possunt creditores majoris partis remittere, solidum tamen et totum non; quia totum remittendo, constat non utiliter agere.*¹

3º Podem finalmente se combinar esses dois typos de concordata e forma-se um terceiro, concedendo ao devedor a remissão de uma parte do debito e prazo determinado para pagamento.

Essa *concordata mixta* è de uso muito frequente, o que tem dado logar á erronea opinião de ser a concordata por pagamento a remissão de uma parte do debito.

500. Para assegurar e garantir o cumprimento da *concordata por pagamento*, o fallido pode dar fiador que responda solidariamente pelo pagamento do passivo nos termos e prazos convencionados.

Esse fiador não fica exonerado quando a concordata deixa de ser cumprida, ou quando é rescindida por qualquer dos motivos declarados no artigo 48 do Decr. n. 917. A fiança tem justamente por fim garantir os credores dos riscos da não execução da concordata. Se a rescisão da concordata exonerasse o fiador, abrir-se-ia uma porta á fraude, facilitando a mancomunação do concordatario e seu fiador para prejudicarem os credores.

501. A *concordata por pagamento* sendo contractada entre o devedor de um lado, e a massa dos credores de outro, com o fim de fazer cessar os effeitos da fallencia, segue-se que como tal não podem ser considerados:

¹ Rocco, De Decoctione mereatorum, n. 203; STRACCHA, De Decoctoribus, pars 6, n. 12.

a) O convenio em que um terceiro se obriga a pagar dividas passivas com certo abatimento, mediante a cessão do activo da fallencia ou outra condição: ¹ isso seria antes um contracto de compra e venda.²

b) A estipulação de continuar o fallido no exercicio do commercio ou industria por conta dos credores.³

c) O convenio que restabelecesse simplesmente o fallido na administração da sua casa para proceder por si proprio á liquidação, com ou sem a fiscalisação de um ou mais delegados dos credores.⁴

502. Para fiscalisar o cumprimento da concordata, ou melhor, o modo pelo qual o concordatario liquida os bens, e promover a rescisão; em casos expressamente determinados, o Decr. n. 917 colloca ao lado do concordatario uma commissão, composta do curador fiscal das massas fallidas e de dois membros, nomeados pelo juiz dentre os credores.⁵

Essa commissão fiscal é de rigor que seja formada com dois credores. A disposição da lei é imperativa: o juiz não pode nomear extranhos.

A commissão fiscal não é consultiva, mas simplesmente fiscalisadora; não pode intervir de modo algum na execução da concordata, o que cabe exclusivamente ao fallido nos termos e condições do accordo com os credores. Os seus membros servem gratuitamente.

¹ SEGOVIA, Explicación y critica del. Cod. de Com. de la Repub. Argentina, vol. 3, nota 4677.

² O Direito, vol. 3, pags. 107 á 113.

³ GUARIGLIA, II Concordato, pag. 16, n. 16.

⁴ HUMBLET, Traité des Faillites, n. 520.

⁵ Decr. n. 917, art. 49 e 51, a. o Cod. Com. Argentino, (art. 14.86), permite aos credores nomear um interventor, que é um verdadeiro fiscal do cumprimento da concordata. Esse interventor tem direito á remuneração que será satisfeita pelo fallido. Idêntica disposição no Cod. Com. Chileno, art. 1464. Em França os credores podem nomear commissaires para fiscalisarem a execução da concordata. O Cod. não o diz, mas a jurisprudencia assim tem admittido. DALLOZ, Repert. verb. Faillite, n. 816; Supplement ao Repert, verb. Faillite, n. 941.

Resultado nullo tem produzido essa inovação do Decr. n. 917. Muitas vezes nesta commissão é que se aninha a fraude das concordatas. Os credores que a compõem macommunam-se com o fallido, o em troco do cerramento dos olhos pagam-se integralmente.

Os curadores fiscaes, de ordinario, não tendo mais nenhuma porcentagem a farejar, pouco se importam com os interesses dos credores. Desde que os seus companheiros de commissão zelam taes interesses, pensam elles que não devem ser mais realistas que o rei.

§ 2.º

Concordata por abandono

503. A concordata por abandono é francesa de origem. Foi a França que primeiro a admittiu em sua legislação (Lei de 17 de Julho de 1856), com o fim de restituer au falli, en partfie du moins, la ressource qu'il trouvait autrefois dans la cession de biens.¹

O Codigo Commercial Brasileiro não apadrinhou a cesaão de bens, nem compensou a falta com a concordata por abandono; entretanto a doutrina,² e a jurisprudencia³ acceitaram esta sem reluctancia.

O CONS. NABUCO, no seu projecto de 1866 (n. 6), não esqueceu essa *concordata excepcional*,⁴ e o Decr. Legisl. n. 3065 de 6 de Maio de 1882 incluiu-a definitivamente em nosso direito positivo.¹

¹ PABDESSUS, Cours de Droit Com., vol. 3, n. 1269.

² ORLANDO, Cod. Com., nota 1817.

³ O Direito, vol 1, pag. 13.

⁴ Projecto NABOCO, art. 2. " O commerciante fallido, antes da abertura da fallencia, ou em qualquer termo delia, pôde impetrar uma concordata excepcional, que se denominará — concordata por abandono —, a qual consiste em ceder elle aos mesmos credores todos ou parte dos seus bens com a condição de ficar livre dos effeitos da fallencia, § 1.º Se a

A concordata por abandono não foi, pois, criação do Decr.n. 917.²

504. A concordata por abandono consiste na adjudicação de todos os bens presentes da massa, ou de parte delles, aos credores para solução do passivo, e importa plena exoneração do devedor, que fica livre de todos os efeitos da fallencia.³

Os credores formam o contracto de união para liquidar os bens abandonados e distribuir o producto entre si. Os riscos da liquidação, qualquer que seja o dividendo determinado pelo producto destes bens, correm exclusivamente por conta dos credores.

Accentua-se assim o caracter especialissimo desse convenio entre a massa chirographaria e o fallido; elle é obra da condescendencia dos credores, e quando lealmente formado constitue attestado valioso da probidade e boa fe do commerciante infeliz.

A concordata por abandono difiere, pois, radicalmente, em seu conceito, da concordata por pagamento, comquanto seja constituída com as mesmas formalidades que esta. Da noção exposta até aqui ve-se que nenhuma vantagem a concordata por abandono traz aos credores. O devedor recebe um grande favor, sem a menor compensação para quem o

concordata for requerida antes de concluída a instrução da fallencia, o balanço que o fallido impetrante deve apresentar será verificado conforme o art. 899 do Cod. Do Com. § 2.º Esta concordata será outorgada ou negada nos termos estabelecidos para as concordatas ordinárias pelos arts. 847 in fine e 850 e segs. Do Cod. do Com. § 3-º A massa abandonada ou cedida pelo fallido continuará a ser administrada pelo curador-fiscal, a menos que os credores, com aprovação do juiz, não deliberem o contrario.

¹ Decr. Leg. n. 3065, art. 4 "E" permittida a concordata por abandono de todo ou de parte do activo do fallido. A formação, os efeitos e annullação e a resolução da concordata por abandono serão regulados pelas disposições da Lei relativas ás outras concordatas. A liquidação e a partilha do activo abandonado se regularão pelas mesmas disposições que regem essas operações no processo de fallencia".

² MACEDO SOARES, Reflexões n'O Direito, vol. 51, pag. 332, lembrou a vantagem e utilidade da conservação da concordata por abandono na reforma da Parte IIII do Cod. Com.

³ Decr. n. 917, art. 43.

concede. Eis porque a maioria das legislações não se refere a essa forma de concordata¹ e outras têm procurado corrigir o typo francez.²

505. Não se approxima muito da verdade juridica quem, levado pela primeira impressão das palavras do art 43 do Decr. n. 917: "A concordata por abandono consistirá na adjudicação de todos os bens... ou de parte delles aos credores para solução do passivo..., ve nessa forma de concordata a datio in solutum, que, em direito, equivale á venda: hujus modi contractus vicem venditionis obtinet,³ representando os bens abandonados a coisa vendida, e a importancia dos creditos o respectivo preço.

A concordata por abandono não transfere a propriedade dos bens abandonados aos credores; se assim fosse estaria desde logo terminada a missão judicial. A adjudicação desses bens é para que sejam elles liquidados pela massa sob o regimen unionista. Neste ponto é que a concordata por abandono differe radicalmente da concordata por pagamento. Esta restitue ao fallido a posse e administração dos bens arrecadados pela massa, para que elle os realise e solva o passivo nos

¹ Admitte expressamente a concordata por abandono, alem da lei franceza de 1856, o Cod. Chileno, art. 1455. Parece adoptal-a também o Cod. Porttguez quando no art. 730 permite ao devedor fazer com os legitimos credores outra qualquer concordata.

² O Cod. Com. Argentino, arts. 1555 a 1566, architectou um systemia original, idéa do Ministro POSSE. Verificados os créditos e antes de iniciada a liquidação dos bens, os credores, em numero igual ao exigido para a constituição da concordata, podem, mesmo contra a vontade do fallido, tomar a sou cargo o activo e passivo da fallencia procedendo á liquidação por conta própria. Têm de adoptar uma das formas estabelecidas para as sociedades commerciaes e recebem em adjudicação. Os bens da massa, tornando-se donos. São obrigados a pagar desde logo os credores privilegiados a dar quitação plena ao fallido.

Essa criação argentina, denominada pago por *adjudicacion*, ou *adjudicacion en pago*, tem merecido justas e severas criticas. OBARRIO, Quiebras. n 376, diz, ser essa adjudicação: un verdadero despojo, favorecido, sancionado por la ley, e o eminente SEGOVIA, Expl. y Crit. del Cod. Com. Árg., nota 4963, entende ser inconstitucional essa solução dada a fallencia porque importa en el fondo una espropiacion forzosa sin tener en cuenta el valor de la cosa espropiada, et cual puede ser superior á la deuda, ni la voluntad dei deudor y dueño.

A Commissão de Codigos da Camara dos Deputados no relatorio de Agosto de 1889, entretanto, exaltou muito essa idéa, para substituir a auctonsação que se costuma dar aos syndicos para continuarem o negocio do fallido, e que muito mal produziu na pratica.

³ L. 4, Cod. 8, 44.

termos ajustados; o devedor somente se liberta depois de satisfazer os credores. Aquella, libertando o fallido desde logo, conserva-o privado dessa posse e administração pois que os credores continuam congregados formando a massa, á qual, por seus representantes, incumbe proceder á liquidação do activo e passivo.

Não nos parece ainda exacta a opinião daquelles que consideram a *concordata por abandono* a mesma *cessão de bens* (referimo-nos á cessão de bens na pureza do direito e não á deformada criação do Decr. n. 917, no art. 131), com pequena modificação exigida pela sua adaptação ao processo da fallencia.

Acham-se ai li, com effeito, muitos elementos da cessão de bens mas falta um dos principaes caracteristicos desta: a cessão não liberta o devedor senão até á concorrência do producto dos bens cedidos; a concordata por abandono exonera-o de todo.

506. Não obstante a grande analogia entre a *concordata por abandono* e a *cessão de bens*, criação do Decr. n. 917, diferem ellas nos seguintes pontos: a concordata por abandono previne e obsta a declaração da fallencia do devedor,¹ a cessão de bens somente pode ser obtida no curso da fallencia e depois da verificação dos créditos;² a cessão de bens immitte os credores na posse da totalidade dos bens presentes para que por elles se paguem,³ a concordata por abandono pode ter por objecto todo ou parte dos bens da massa;⁴ a cessão de bens ó auctorizada pelo juiz,⁵ a concordata por abandono deve ser acceita por

¹ Decr. n. 917, arta. 12 e 131.

² Decr. n. 917, arta. 41 e 55.

³ Decr. n. 917, art. 131.

⁴ Decr. n. 917, art. 43.

⁵ Decr. n. 917, art. 135.

credores representando três quartos do passivo chirographario;¹ a cessão de bens não obsta a formação da culpa do devedor por acto de fraude praticado em prejuizo dos credores e punivel segundo a legislação criminal,² a concordata por abandono liberta o devedor dos efeitos penaes da fallencia.³

507. Tal é a grande liberdade, que os credores e o fallido gosam na formação das concordatas, que a concordata por abandono pode ser acompanhada de clausulas protectoras dos grandes interesses compromettidos na fallencia. Assim, o devedor pode garantir um dividendoem determinada porcentagem, compromettendo-se a completal-o caso o producto dos bens abandonados para tanto não chegue, e mesmo dar um fiador para essa responsabilidade.⁴

Nessas condições, a concordata por abandono pode tornar-se mais vantajosa que a concordata por pagamento.

SECÇÃO I

Formação da concordata

Summario. — 508. Ao fallido cabe a iniciativa da proposta de concordata. — 509. Apoio previo a essa proposta. — 510. Apresentação da proposta na reunião ordinaria dos credores. — 511. Em rennião extraordinaria. — 512. Convocação e deliberação dos credores nessa rennião. —

¹ Decr. n. 917. art. 45.

² Decr. n. 917, art. 138.

³ Decr. n. 917, art. 43.

⁴ THALLER, Droit Com., n. 1919.

513. A concordata deve ser votada na mesma rennião em que for apresentada. —
514. Ofallido deve comparecer pessoalmente á rennião em que se votar a concordata. —
515. A concordata deve ser concedida pelos credores chirographarios. — 516. Base para a constituição da concordata. — 517. Credores excluidos da votação, a) Credores da massa, reivindicantes, separatistas, privilegiados e hypothecarios. — 518. Se tomam parte, ficam equiparados aos chirographarios. — 519. O procurador desses credores para votar a concordata deve ter poderes especiaes. — 520. Credores com garantias de terceiro. — 521. Termos em que deve ser entendida a exclusão desses credores. — 522. b) Credores contestados. — 523. e) Credores condicionaes. — 524. d) Co-obrigados ou fiadores do fallido. — 525. Regeitada ou rescindida a concordata, os credores especiaes que votaram perdem de vez os - seus direitos de preferencia? —. 526. Os credores excluidos de votar não estão inhibidos de discutir. — 527. Maioria hábil para a formação da concordata. — 528. A questão entre nós. — 529. Aceitação da concordata sem credores dissidentes. — 530. Com dissidentes. — 531. Rejeição da concordata. Recurso do fallido. — 532. A concordata deve ser fructo da boa fé e assegurar direitos eguaes aos credores. —

533. Consequências. — 534. Não paga sello.

508. Ao fallido cabe a iniciativa de propor a concordata.¹

Como não se tracta de um direito personalissimo do devedor, pode ser tambem exercido por quem legitimamente o representa *post-mortem* em todas as relações de ordem civil.

Seria iniquo privar os successores do fallido desse meio de facilitar a liquidação e abrir caminho á reabilitação.²

Tractando-se de fallencia de sociedade vide o que vae dicto no n. 865 e segs.

509. A proposta de concordata pode vir apoiada anteriormente pelos credores, mediante declaração por elles escripta e assignada devidamente authenticada.³ A importancia dos credits assim

¹ Muito diverso é o systema do Cod. Com. Ital. (art. 831), e da lei roumaica (art. 846), segundo o qual a concordata pode ser proposta pelo fallido, pelo curador (nossos syndicos), commissão fiscal, ou credores representando um quarto do passivo. O Cod. Com. Chileno admite que os credores possam fazer ao fallido proposta de concordata (art. 1454).

GUARIGLIA, Il Concordato, pag. 168 e segs., critica o systema italiano por contrario á lógica e aos principios geralmente accetos e pela sua diminuta applicação pratica. Quasi todas as outras legislações reservam ao fallido a iniciativa da proposta de concordata, taes como a Lei Ingleza, Bankruptcy, Act 1890, Sc 3, 1º; a Lei Allemã, art. 160; a Lei Austriaca, art. 207; a Lei Federal Suissa, art 293. Com quanto o Cod. Com. Francez, não o diga expressamente, é essa entretanto a opinião unanime dos escriptores (BRAVARD-VEYRIERES, vol. 5, págs. 367; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol 7, n. 575).

² Decr. n. 917, art 41, verb: ou seu representante; art. 10 2; Senteça do Dr. SOUZA LIMA, Juiz de Direito do Rio Claro, n'O Direito, vol. 54, pag. 71; Ac. da Cam. Com. da Cap. Federal, de 17 de Dezembro de 1895, no Jornal do Commercio (Parte Judiciaria), de 31 de Janeiro de 1896.

HOLLANDA CAVALCANTE, Informaçoes, pag. 13. "Tem também sido admittido, que os herdeiros do fallido fallecido apresentem-se nas reuniões e proponham concordatas aos credores; isso se tem feito perante mim e nenhum inconveniente encontro nessa praxe, que se observa desde que foi publicado o Codigo".

³ Decr. n. 917, arts. 41 e 45 § 1.

— Na vigencia do Cod. Com. a jurisprudencia seguia doutrina contraria: abaixo assignados e quitações extrajudiciaes não suppriam a exigencia legal do comparecimento pessoal dos credores á reunião. Decisões n'O Direito, vol. 19, pag. 375, e vol. 21, pag. 500.

representada será apurada no calculo da maioria legal exigida para a formação daquelle accordo.¹

Dizia um dos conspícuos juizes do commercio da Corte (CONS. THEODORO MACHADO): "A disposição da lei (sobre concordata) já é uma derrogação do direito commum, pois que a maioria de credores não deve governar a bolsa da minoria; e portanto, desde que se tracta de uma excepção ao direito, cumpre applical-a strictamente nos seus termos. O que a lei quer, por sua letra e por seu espirito, é que a maioria que delibere sobre concordata, se manifeste no seio da reunião judicial; e por conseguinte, deixar que a maioria exigida se reduza, por meio de manobras de adhesão em forma de quitações, concedidas fora de reuniões judiciaes, é auctorisar manobras arranjadas per domos ou por meio de solicitações clandestinas" O Direito, vol. 19, pag. 374.

A pratica do Decr. n. 917 vae dando muita razão aos justos temores do honrado juiz. E' desolador o que se passa.

— Declaração escripta e assignada pelo credor, diz. o Decr. n 917. Entretanto não é isso o que se tem observado: o credor assigna simplesmente, como aliás em caso análogo (art. 121) manda fazer o mesmo Decr. n. 917.

— A authenticidade exigida não é mais do que o reconhecimento das firmas por tabellião publico.

Se o credor é estrangeiro e reside em paiz estrangeiro, aquella declaração deve ser legalisada pelo Consul Brasileiro (art. 213 do Decr. n. 4968 de 1872) e a firma desse reconhecida no Ministerio do Exterior ou nas Alfandegas ou Delegacias Fiscaes (Decr. n. 2320 de 30 de Julho de 1896).

—O art. 41 do Decr. n. 917 refere-se á proposta de concordata posterior á abertura da fallencia, e apoiada pelos credores quando o estado do fallido declarado judicialmente como tal é outro e pôde já não lhe convir a mesma. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 10 de Fevereiro de 1897, na Revista Mensal, vol. 5, pag- 176.

¹ Decr. n. 917, arts. 41 e 45 § 1.

— Na vigencia do Cod. Com. a jurisprudencia seguia doutrina contraria: abaixo assignados e quitações extrajudiciaes não suppriam a exigencia legal do comparecimento pessoal dos credores á reunião. Decisões n'O Direito, vol. 19, pag. 375, e vol. 21, pag. 500.

Dizia um dos conspícuos juizes do commercio da Corte (CONS. THEODORO MACHADO): "A disposição da lei (sobre concordata) já é uma derrogação do direito commum, pois que a maioria de credores não deve governar a bolsa da minoria; e portanto, desde que se tracta de uma excepção ao direito, cumpre applical-a strictamente nos seus termos. O que a lei quer, por sua letra e por seu espirito, é que a maioria que delibere sobre concordata, se manifeste no seio da reunião judicial; e por conseguinte, deixar que a maioria exigida se reduza, por meio de manobras de adhesão em forma de quitações, concedidas fora de reuniões judiciaes, é auctorisar manobras arranjadas per domos ou por meio de solicitações clandestinas" O Direito, vol. 19, pag. 374.

A pratica do Decr. n. 917 vae dando muita razão aos justos temores do honrado juiz. E' desolador o que se passa.

— Declaração escripta e assignada pelo credor, diz. o Decr. n 917. Entretanto não é isso o que se tem observado: o credor assigna simplesmente, como aliás em caso análogo (art. 121) manda fazer o mesmo Decr. n. 917.

— A authenticidade exigida não é mais do que o reconhecimento das firmas por tabellião publico.

Se o credor é estrangeiro e reside em paiz estrangeiro, aquella declaração deve ser legalisada pelo Consul Brasileiro (art. 213 do Decr. n. 4968 de 1872) e a firma desse reconhecida no Ministerio do Exterior ou nas Alfandegas ou Delegacias Fiscaes (Decr. n. 2320 de 30 de Julho de 1896).

O apoio á proposta não produz, por si só, nenhum vinculo juridico entre o credor e o fallido. Aquelle pode até ao momento da votação da proposta, era assemblea de credores sob a presidencia do juiz, retirar o seu consentimento e riscar o seu nome.¹

510. A proposta de concordata deve ser apresentada na reunião dinanb de credores, de que tracta o art. 38 do Decr. n. 917, depois da verificação provisória dos créditos c da leitora do relatorio do curador fiscal (n. 474), pouco importando o parecer deste e dos syndicos sobre as causas da fallencia e o procedimento anterior do fallido.²

511. A concordata pode ser proposta também em todo e qualquer estado da fallencia, depois de formado o contracto de união, ainda que houvesse sido anteriormente negada.³

E' essa a intelligencia natural da disposição do art 55 pr. do Decr. n. 917, a qual se resente do má redacção. Aberta a fallencia, a concordata não pode ser proposta no intervallo que vae desde a sentença declaratória até á reunião ordinaria dos credores, onde tem logar a verificação dos creditos. Esse período é meramente de informação, e sem

—O art. 41 do Decr. n. 917 refere-se á proposta de concordata posterior á abertura da fallencia, e apoiada pelos credores quando o estado do fallido declarado judicialmente como tal é outro e pôde já não lhe convir a mesma. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 10 de Fevereiro de 1897, na Revista Mensal, vol. 5, pag- 176.

¹ Acs. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 17 de Março e 26 de Agosto de 1896 na Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol 12, pags. 155 e 157.

² Decr. n. 917, art. 41. Na vigencia da Parte Terceira do Cod julgou a Rel. do Rio por Ac de 8 de Fevereiro de 1878 que, do despacho que chega fallido o direito de propor concordata, cabe agravo com fundamento ao art. 669 § 15 do Reg. n. 737. (O Direito vol. 19, pág. 371); doutrina que ainda hoje pode ter applicação.

³ A jurisprudencia na vigencia do Cód Com, decidiu: a) que, quando na primeira reunião de credores não houvesse numero legal para a votação da concordata e se formasse o contracto de união, o juiz podia, a requerimento do fallido, fazer nova convocação para outra reunião afim dos credores tomarem conhecimento da proposta que o devedor apresentasse (Decisões n'O Direito, vol. 30 pags 356, 367 e 368; vol. 31, pág. 82), mas, b) que se a concordata fosse negada quando opportunamente apresentada, não podia ser de novo proposta (O Diretio, vol. 31. pág. 568).

A doutrina era no mesmo sentido. Relatório do DR BAPTISTA PEREIRA, na Rev. Do Inst. Da Ord. Dos Adv. Braz., vol 7, pág 41.

a verificação dos credits, que faz conhecidas as forcas do passivo, é impossivel formar-se a concordata.

Fica privado deste direito o devedor condem nado (não basta a pronuncia) em fallencia fraudulenta ou em crime a esta equiparado.¹

A concordata é, pois, muitas vezes um *incidente eventual* da fallencia na sua phase de liquidação, vindo satisfazer interesses roços dos credores e do fallido. E' essa uma idea vencedora hoje na doutrina² e que vae tendo entrada nas legislações.³

512. Se o fallido quizer propor a concordata sob qualquer forma (n. 496) no perodo de liquidação da fallencia, requererá ao juiz A convocação de uma assemblea especial ou extraordinaria de seus credores, observando-se o seguinte:

a) Com a petição o fallido apresentará a proposta da concordata.⁴

Lacuna imperdoavel do Decr. n. 917 é não sujeitar essa proposta a apreciação previa dos syndicos e commissão fiscal, para que os credores tivessem, no relatorio que aquelles apresentassem sobre o

¹ Decr. n. 917, arg. Do art 84 b. Identica prohibição figura nos Cods. Coms. Freancez, art 510; Belga, art 514; Chileno, art. 1469; Hesp. Art 898; Lei Allemã, art. 162; Lei Roumaica, art 853; Cod. Argentino, art 1466; quando o fallido está fugido ou é culpado de bancarrota freudulenta.

Os commerdestes diversos códigos justificam essa disposição invocando regras de moralidade. E certo, porem, que existe ahi uma restricção a liberdade de contractar, da qual a lei não pode privar o criminoso. O Cód Ital., bem orientado, não estabeleceu essa prohibição, que é profligada com razões muto convincentes pelo eminete SEGOVIA, Expl. Y Crit. Del Cód. Com. Argentino, vol 3, nota 4682.

² THALLER, Des Faillites en Droit Compare, vol 2, n 189

³ A Hespanha, Cód Com, art 898, e a Inglaterra Bankruptcy Act,. 1883, 32, admittem expressamente. A França e a Belgica prohibem. A Austria e a Itália, cujas legislações se calam a esse respeito, parecem tolerar a concordata na phase de liquidação da fallencia.

⁴ Decr. n. 917, art. 55 § 1.

estado da liquidação e vantagens do accordo, base segura para um voto consciencioso.¹

b) Os credores serão convocados por editaes, publicados no jornal official e em outro de maior circulação escolhido pelo juiz, oito dias, no minimo, antes da reunião, indicando-se em resumo nestes editaes os termos da proposta.²

Não é licito fazer inserir nos editaes qualquer cominação aos credores que não comparecerem.³

As despesas da convocação dos credores correm por conta do devedor.⁴

c) O requerimento para a convocação e a propria convocação dessa reunião extraordinaria não suspendem o curso da fallencia. O Decr. n. 917 faculta a apresentação da proposta de concordata em qualquer estado da fallencia, e nessas condições interromper a marcha da liquidação seria auctorisar o fallido a empregar toda a astucia para demorar e embaraçar o processo.⁵

Em todo o caso, circumstancias podem se dar que aconselhem aos syndicos sustar a venda dos bens. Quando, por exemplo, o fallido apresenta a propostade concordata por pagamento apoiada anteriormente pela maioria legal dos creditos ou mesmo por um numero muito proximo

¹ As Leis Allemã, Hungara e Suissa sujeitam a proposta de concordata a um exame previo, a um processo preliminar de informação, para que os credores possam, com pleno conhecimento de causa, dar o seu voto.

² Decr. n. 917, art. 55 § 2. Severa critica merece essa forma de convocação. A notificação devia ser também feita por cartas e avisos.

³ O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 9 de Maio de 1893, julgou que era injuridica a cominação feita em edital de ser decretada a concordata por abandono, caso não comparecessem á reunião credores em numero legal para formação do contracto de união (Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 2, pag. 479).

⁴ Decr. n. 917, art. 55 pr.

⁵ GUARIGLIA, *II Concordata*, pag. 177, n. 12.

desta, seria injustificavel o procedimento dos syndicos que alienassem bens ou praticassem outros meios de liquidação prejudiciaes interesses do fallido.¹

Ao fallido não pode ser negada a faculdade de, nesses casos, rereclamar contra a disposição de bens pelos syndicos durante o processo da formação da concordata, e o juiz não deve deixar de interpor a sua auctoridade, evitando o desbarato do activo da fallencia.

d) Nessa reunião extraordinaria serão observadas todas as formalidades da reunião ordinaria, que tiverem relação com o objecto que determinou a convocação.² O juiz presidirá a sessão e o seu primeiro cuidado será verificar os poderes e a qualidade dos que se apresentarem á reunião, segundo ficou dito nos ns. 470 e segs.

513. A concordata deve ser aceita ou rejeitada na mesma reunião (ordinária ou extraordinaria) em que for proposta.³ A não observancia deste dispositivo legal não traz, porém, nullidade.⁴

¹ O Cod. Com. Chileno, art. 1457, dá ao juiz a faculdade de suspender, depois de ouvir o syndico, o curso da fallencia, se não houver grave prejuizo para a massa fallida. Será causa bastante para esta suspensa basear-se a concordata na conservação dos bens que, com a acceitação do accordo, devem ser residuos ao fallido. Identica solução dão as Lei Hungara (art. 203) e Roumaica (art. 803).

² Decr. n. 917, art. 55 § 3.

³ Decr. n. 917, art. 46 pr. Identica disposição figurava no art. 850 do Cod. Com.

⁴ O Regul. n. 738 no art. 136 comminava a pena de nullidade á concordata proposta em uma e votada em outra reunião para a qual fosse adiada.

O Supremo Tribunal de Justiça sempre reconheceu essa nullidade, decretando-a em muitas sentenças, entre outras a de 21 de Maio de 1879 e a de 2 de Agosto de 1882, apud CANDIDO MENDES, Arestos, pags. 865 e 912.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal em Ac. de 1 de Junho de 892 decidiu em sentido contrario, dizendo: to art. 850 do Codigo não comina a pena de nullidade da concordata, cuja outorga não for resolvida na mesma reunião da sua proposta, e o art. 136 do Regul. n. 738 de 1850, cominando-a, excede-se na referencia que a elle fez. Pode, com effeito, haver mais de uma razão séria e até de força maior para se adiar uma reunião de credores, convocados a fim de deliberar sobre concordata offerecida pelo fallido, isto é, resolver acerca dos seus interesses, de ordem meramente privada, sem importancia alguma para a causa publica, de sorte que devesse o legislador determinar a pena de nullidade na especie. E por isso deixou também e impol-a o Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, art. 46". O Direito, vol. pag. 68.

O Cod. Com. Franoez, art. 509, o Belga, art. 515, e o Argentino, art. 1472, trazendo a mesma disposição do nosso art. 46, comminam expressamente a pena de nullidade.

Formada a concordata por pagamento, o juiz nomea logo a *comissão fiscal* nos termos e para os fins declarados no n. 502.

514. O fallido deve comparecer pessoalmente á reunião que tiver de conhecer da proposta de concordata. Por procurador só poderá fazer-se apresentar quando occorrer justo motivo e obtiver licença do juiz (n. 241).

515. A concordata deve ser concedida pelos credores chirographarios, mesmo aquellos aos quaes não é permittido requerer a fallencia¹ cujos credits forem reconhecidos verdadeiros e admittidos no passivo.²

Outros codigos, como o Italiano, o Portuguez e as leis alemas, suissa e hungara não exigem que a concordata seja approvada na mesma reunião da sua proposta.

Bem estudado o systema do Decr. n. 917, encontrar-se-á inutil a disposição do art. 46 pr. As leis francoeza, belga e argentina adoptando-o, tiveram em vista evitar a solicitação previa de assignaturas para cuja consecução poderia devedor beneficiar um ou outro credor que resistisse.

Na discussão do Cod. Francez de 1807 (a disposição vem desde ahi) no Conselho do Estado, REGNAUD DE SAINT-JEAN D'ANGELY, para justificar aquella medida, disse: Il importe qu'on ne puisse colporter des concordats sur lesquels on obtient des signatures par faiblesse, par seduction, par corruption".

"La loi ne veut pas de trait té sollicité, escreve BOILEUX sur BOULAY-PATY, Traité des Faillites, vol. 2, n. 563, comme autrefois, de maison en maison, et acquérant peu à peu, par importunité et lassitude, des signatures quelques fois achetées par des avantages secrets".

"No quiere la lei, pondera SEGOVIA, comnientando o art. 1472 do Cod, Argentino (Expl. y Crit. del Cod. Com. Argent., vol. 3, nota 4698, que los tramites relativos al concordata se llenen estrajudiciabnente, que las firmas se recojan una á una y fuera de la junta, para prevenir las obsesiones, y hasta amenazas, con que los acreedores serian asediados individualmente si sus firmas pudiesen ser solicitadas á domicilio".

O Decr. n. 917 permite que o fallido apresente a sua proposta de concordata já anteriormente apoiada por credores (arta. 41 e 45 § 1); o fallido pode pois solicitar individualmente de seus credores o apoio prévio. Não tendo o Decr. n. 917 receiado as consequencias dessa tolerancia, com que razões se justificará a disposição do seu art. 46 pr.? E', como dissemos, uma disposição inútil, cuja infracção, bem resolveu o Sup. Trib. Fed., não importa nullidade.

¹ Os ascendentes, descendentes, cônjuge, irmãos, sogro e sogra, genro e nora do devedor se estão prohibidos de requerer a fallencia (Decr. n. 917, arts 4 § 2), não o estão de defender os seus interesses do modo que mais conveniente lhes parecer. Não é licito privar-os do exercicio de um direito inherente á qualidade de credor, como é o de votar a concordata. O Cod. Arg., art. 14681 é expresso a esse respeito.

A Lei Hungara (art. 212 n. 2) prohibe que nas concordatas votem os parentes do fallido em linha directa ascendente, descendente, seus irmãos e sobrinhos e sobrinhas, e parentes nos mesmos grãos, o conjuge e ou noiva, os cunhados ou cunhadas.

O Cod. Com. Chileno (art. 1460 *in fine*) prohibe também de votarem concordatas o conjuge ou parentes do fallido até ao 4.º grão de consanguinidade, ou ao 2.º de afinidade inclusive; também prohibe que vote o credor que exerce o cargo de syndico.

² Decr. n. 917, art. 45.

Elles podem comparecer á reunião pessoalmente ou por seus presentantes convencionaes ou legaes. Vide ns. 425 a 428.

516. A verificação provisoria dos credits é que serve de base á formação da concordata, e já mostrámos no n. 482 o absurdo do nosso systema legal, que muito ha concorrido para a desmoralisação das fallencias.

Entretanto, se a proposta de concordata é apresentada durante o regimen unionista e se se acham julgadas por sentença a *verificação definitiva e classificação dos credits* (n. 640), são os credores ahi contemplados que têm de deliberar. A *verificação provisoria* perdeu a razão de ser; a *definitiva* é que exprime, com verdade e precisão, as forças do passivo. Na fallencia do coramerciante sob firma individual também devem intervir na concordata os credores por dividas civis, pois ficam sujeitos aos seus effeitos.¹

Sobre os credores que intervêm na votação da concordata na fallencia da sociedade vide, n. 872.

517. São excluidos de votar a proposta de concordata:

A) Os *credores da massa, os reivindicantes, os separatistas, os privilegiados e os hypotêecarios*,² os quaes, não estando sujeitos a rateio, nenhum interesse têm na formação da concordata. Injustissimo seria se podessem intervir nesse acto, a cujos effeitos são de todo extranhos; dependeria da vontade arbitraria delles fazer descer a concha da balança para um ou para outro lado.

518. Se esses credores quizerem tornar parte na deliberação da concordata, acceitando-a ou rejeitando-a, ficarão equiparados aos

¹ Decr. n. 917, art. 45 § 4.

² Decr. n. 917, art. 45 pr.

chirographarios.¹ Não os exime dessa equiparação a declaração expressa, no acto da votação, da reserva de direito, pois a exclusão é estabelecida não no interesse delles, mas no dos chirographarios.

Não é isenta de perigos essa faculdade;² entretanto, estabeleceria dura injustiça a lei que cerceasse a taes, credores o exercicio da livre vontade. Muitas vezes apparece-lhes a conveniência de renunciarem os seus direitos afim de intervirem na formação da concordata. Supponhamos, por exemplo, que o objecto do penhor pereça, ou se deprecie extraordinariamente, que a hypotheca anteriormente inscripta absorva o valor do immovel. Estes credores, pela força das

¹ Decr. n. 917, art. 45 § 2.

— Quasi todas as legislações excluem expressamente os credores hypothecarios e privilegiados da formação da concordata, salvo se renunciam os seus direitos. Cods. Coms. Francez, art. 508; Belga, art. 513; Italiano, art. 834; Chileno, art. 1460; Argentino, art. 1467; Lei Koumaica, art. 850; Lei Hungara, art. 207; Lei Ingleza, Bankruptcy Act, 1883, Schedule 10.

O Cods. Coms. Hespanhol, (art. 900) e Mexicano (art. 990) adoptaram outro systema: os credores singularmente privilegiados, os privilegiados e os hypothecarios podem deixar de tomar parte na deliberação da concordata e abstendo-se não terão prejuizo em seu direito. Se, ao contrario, quizerem discutir e votar a concordata, ficarão sujeitos aos effeitos desta quanto aos prazos e abatimentos, mas não perderão a preferencia [lugar y grado] correspondente ao titulo do seu credito.

O Cod. Com. Portuguez, art. 730 § 3, seguiu ainda outro systema: “Os credores que acceitarem a moratoria ou a concordata perdem todo o direito a qualquer preferencia ou privilegio de graduação a que tivessem direito, salvo a annuencia expressa em contrario da maioria dos outros credores represen tando também a maior parte dos credits”. O systema deCodigo Portuguez é original e não esta isento de defeitos, desde que para tal annuencia é exigida a simples maioria dos credores. E’ muito procedente a critica que delle faz o DR. FERNANDES, *Da Concordata Judicial*, pag. 60.

² HOLLANDA CAVALCANTE, Informações, pag. 15: “A disposição do art. 853 do Cod. Com. (que é identica á do art. 45 § 2 do Decr. n. 917), em logar de facultar aos credores de dominio, privilegiados e hypothecarios votarem na concordata, com a pena de perderem o privilegio, ficando sujeitos á sorte dos chirographarios, deve ser prohibitiva, porque, salvo uma dessas excepções, de que não tenho noticia, aquelles credores, quando com sciencia da disposição, vêm votar na reunião, é por terem feito combinações com os fallidos, nas quaes garantindo estes particularmente o pagamento integral de taes dividas, o credor privilegiado, que tem motivo plausivel parece renunciar o direito de receber toda a sua divida, para receber as vezes uma insignificante quota, não faz mais do que concorrer com o seu voto para que passe a concordata com prejuizo dos chirographarios que estão sujeitos ao que deliberarem os dois terços da reunião, na forma do art. 847 do mesmo Cod.”.

Não ha duvida que se o credor privilegiado ou hypothecario renuncia garantias solidas para votar pela concordata, salvando a de imminente rejeição, tem denunciado o seu conluio com o devedor. Tal concordata pode ser ata; cada a todo o tempo, estando o devedor sujeito a ser condemnado por acção ordinaria ao integral pagamento da divida e seus juros (art. 64 do Decr. n. 917).

circumstancias, têm de passar a chirographarios;¹ não devem deixar que á sua revelia seja concedida uma concordata que lhes pode ser prejudicial, pois, a seus efeitos ficam sujeitos.

Tracta-se pois de uma verdadeira renuncia de direitos, que pode ser expressa ou tacita. Expressa, quando o credor declara formalmente renunciar as vantagens e garantias que o seu titulo offerece, satisfazendo-se com a posição de chirographario; tacita, quando, sem declarar formalmente a renuncia, vota *pro* ou *contra* a proposta de concordata.

O Decr. n. 917 não admitte a renuncia parcial que algumas legislações estabelecem, como a ingleza e a italiana.²

519. Se é certo que ao mandatario do credor, ou ao seu representante legal, bastam simples poderes de administração para intervirem na formação da concordata (n. 426), o procurador ou representante do credor reivindicante, privilegiado ou hypothecario, não pode votar sem expressos poderes de disposição, pois o voto importa renuncia de direitos os quaes na fallencia são garantidos.³

520. Os credores do fallido com garantias reaes oferecidas por terceiro não podem tambem intervir na deliberação sobre concordata.

A lei não é expressa, mas fala genericamente de credores privilegiados e hypothecarios, e seria tão injusto o voto daquelles credores como o dos que tivessem as garantias reaes oferecidas pelo proprio

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II § 3 e n. IV, c.

² Na França é questão controversa a da renuncia parcial. Negam-se PAEDESUS, Cours de Droit Com., vol. 3, n. 1326; RENOARD, Traité des Faillites vol. 2, pag. 22. Admittem-na LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com vol. 7, n. 583.

³ Assim tambem pensam SEGOVIA Expl. y Crit Del Cod. Com. Arg., vol. 3, nota 4689, e THALLER, Droit Com. n. 1838.

devedor, pois os sacrifícios que da concordata decorressem para os outros credores não pesariam sobre elles.¹

Não se dá o mesmo com os credores que têm fiança ou que são co-obrigados na divida. Se á primeira vista parece prevalecerem quanto a estes as mesmas razões acima, tractando-se de uma garantia pessoal, está ella sujeita aos riscos de uma insolvencia ou fallencia do fiador ou co-obrigado.

521. A exclusão dos credores da massa, reivindicantes, separatistas, privilegiados e hypothecarios deve, porém, ser entendida em habeis termos.

Sendo algum delles ao mesmo tempo credor chirographario, não está inhibido de, nesta qualidade, votar a proposta da concordata.

Apresentando-se na fallencia por dois credits de differente natureza, não pode ser privado dos direitos que a lei outorga em geral aos titulares da cada um dos credits.

Seria conveniente, para evitar duvidas futuras, que o credor nessas condições, quando interviesse na concordata, fizesse expressa reserva de seus direitos como credor especial, mas a falta desta declaração em nada o prejudica.

522. B) Os credores contestados, ainda que tenham pendentes as suas acções.

¹ RENOUARD, Traité des Faillites, vol. 2, pag. 28 O 29; PARDESSUS, Cours de Droit Com., n. 1236; SEGOVIA, Expl. y Crit. del Cod. Com. Arg., vol. 3, nota 4686. Em contrario: VIDARI, Corso, vol. 9, n. 8717; CUZZERI, IL Cod. Com Dai. Commentato, vol. 7, n. 874; GUARIGLIA, Il Concordato, pag. 198 e NAMUR, Code Com. Belge, n. 1842, sob o seguinte fundamento: as leis restrictivas de direitos não se podem applicar por analogia, e, portanto, não podem oomprenender senão os casos que expressamente contemplam; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 585, sob o fundamento de que o credor garantido por fiança não perde a garantia votando a concordato, e a hypotheca é uma fiança real; THALLER, Droit Com., nota 1 na pag. 1007, que equipara a posição dos credores com garantias reaes prestadas por terceiro á dos co-obrigados.

Quando em acção regular forem julgados legítimos não ficarão sujeitos aos efeitos da concordata.¹

523. C) Os credores por obrigações sob condição suspensiva, os quaes até ao momento em que se verifique a condição não têm um direito exigível, mas uma simples esperança de direito, *conditionis creditor non actionem sed spem habet*.² Vide n. 128.

524. D) Os co-obrigados ou fiadores do fallido salvo se já pagaram pelo fallido e foram reconhecidos e admittidos ao passivo.³

525. Importante questão o Decr. n. 917 deixou em aberto.

Pergunta-se: rejeitada a proposta de concordata, ou mais tarde rescindida, o credor da massa, reivindicante, privilegiado ou hypothecario que tomou parte na votação, tem perdido de vez os direitos e garantias inherentes ao seu credito?

Entendem uns que sim porque a lei não estabeleceu restricção alguma e com o seu voto o credor reivindicante, privilegiado ou hypothecario manifestou por facto decisivo a sua vontade de querer ser equiparado aos chirographarios; e outros que não, porque, não formada a concordata ou posteriormente rescindida, tudo volta ao primitivo estado, e suppõe-se que a renuncia fora feita contando com as vantagens que a concordata podia trazer.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 45 § 3.

² GUARIGLIA, IL Concordata, pag. 196.

³ Decr. n. 917, arg. do art. 70, n. IV §§ 1 e 3. GUABIGLIA, E Coneodato, pag. 196; VIDABI, Corso, vol. 9. n. 8707.

⁴ O Cod. Com. Ital., art. 834, 4.º periodo, e a Lei Roumaica, art. 850, fazem cessar os efeitos da renuncia se a concordata não tem logar ou é posteriormente annullada; o Cod. Belga, art. 513, e o Cod. Arg., art. 1467 quando não é admittida, mas por identidade de razão applicase a disposição deste art. aos casos de nullidade (NAMUR. Code de Com. Belge, vol. 3, n. 1843 OBARRIO, Quiebras, n. 221.)

Na França, a mais recente jurisprudencia tem-se manifestado em sentido contrario, sendo apoiada por escriptores distinctos como LYON-CAEN & RENAULT Traité de Droit

526. Os credores excluidos de tomar parte na deliberação da concordata não estão inibidos de assistir a reunião e discutir a proposta do devedor. Somente o voto deliberativo lhes é vedado, a menos fique não renunciem os direitos inherentes aos seus credits.¹

527. Para ser valida a concordata deverá ser concedida por credores que representem, no minimo, três quartos da totalidade dos credits chirographarios reconhecidos verdadeiros e admittidos no passivo (não tres quartos dos credits cujos titulares compareçam á reunião).

Se os credores da massa, reivindicantes, separatistas, privilegiados e hypothecarios quizerem tomar parte na deliberação da concordata, a importancia de seus credits será addicionada á dos chirographarios, e sobre o total se verificarão os tres quartos.

528. A grande questão da maioria hábil para a concessão da concordata preocupou sempre os nossos legisladores, estadistas e juizes.

O Codigo Commercial, no art. 847, exigia a maioria de credores em numero e ainda dois terços do valor de todos os credits sujeitos aos effeitos da concordata.

O Decr. n. 1368 de 18 de Abril de 1854 determinou logo depois que o chamamento dos credores do fallido, para deliberarem sobre a concordata, tivesse logar com a comminação de serem havidos os que

Com., vol 7, n. 580, DEMANGEAT sur BRAVARD-VEYRIERES Traité de Droit Com., vol 5, pag. 378. Entretanto BOILEUX sur BOULAY-PATY Traité des Faillites, vol. 2, n. 558 e BÉDARRIDE, Traité des Faillites, vol. 2, 544, entendem que a renuncia cessa no caso de não acceitação ou annullação da concordata.

SEGOVIA, Expl. y Crit. del Cod. Com. Argentino, vol. 3, nota 4687, censura a doutrina do Cod. Argentino e traz bons argumentos para mostrar que doutrina ahi adoptada não é logica nem juridica.

¹ RENOARD, Traité des Failliles, vol. 2, pag. 26: "Les chirographaires, avertis de cette position, n'ont aucun intérêt à ne point entendre les observations de personnes qui, malgré leur prétention à des garanties particulières, peuvent fournir d'utiles éclaircissements" O Cod. Com. Chileno, art. 1460, é expresso permittindo que o credor hypothecario e privilegiado discutam. Nesse sentido também se manifestam: VIDARI, Corso, vol. 9, n. 8694; OBARRIO, Quiebras, n. 221; DALLOZ, Repert. verb. Faillite, n. 645 e 699.

não comparecessem, por si ou por procurador, como adherentes á mesma concordata, para cuja concessão seriam contados os votos dos ausentes.¹

O Decr. n. 4882 de 1.º de Fevereiro de 1872 revogou o de n. 1368, mandando declarar nas convocações dos credores que na deliberação de Concordata os ausentes ficavam obrigados a adherir ao voto da maioria dos presentes.²

O Decreto Legislativo n. 3065 de 6 de Maio de 1882 por sua vez alterou a disposição do art 847 do Cod. Com., exigindo para a validade da concordata a maioria dos credores que comparecessem, contanto que esta maioria representasse dois terços do valor de todos os credits sujeitos aos effeitos da concordata.³

¹ Esse Decreto foi expedido na conformidade da Imperial Resolução de 1º de Abril de 1854, tomado sob consulta da Secção de Justiça do Conselho do Estado, e no intuito de sanar as difficuldades praticas que offerecia a disposição do art. 847 do Cod. Com. Vide o officio do Vice-Presidente do Tribunal do Commercio da Corte dirigido ao Ministro da Justiça (Cons. NABUCO), em 21 de Outubro de 1853, onde diz ser quasi impossivel a concessão das concordatas com a dupla maioria de numero de credores e de quantidade de credits, e a consulta da Secção, em CAROTÁ, Imperiaes Resoluções, vol 1, pág 427.

² Esse Decreto foi expedido na conformidade da Imperial Resolucao de 1º de Fevereiro de 1872, tomada sob consulta das Secções de Justiça e do Imperio do Conselho de Estado. O Tribunal do Commercio de Pernambuco levantou a seguinte duvida oferecida pelo art. 1.º do Decr. de 1854: comparecendo um on mais credores convocados para deliberarem sobre a concordata, moratoria ou quitação e votando contra o impetrante devem ser contados os votos dos credores ausentes como adherentes á concordata, moratoria ou quitação? Como se ve, a questão a que dava logar o Decr. de 1854 era muito interessante. Os credores presentes podiam votar unanimemente contra a concordata, mas, se os ausentes representavam em numero e qualidade a maioria legal, estava formada a concordata?

A maioria da Secção de Justiça do Conselho de Estado reconheceu que o Decr. de 1854 não estava redigido conforme a Resolução de 1.º de Abril desse anno, e com a Secção do Imperio propoz a modificação que se encontra no art. 2 do Decr. n. 4882. Vide as consultas das Secções de Justiça e do Imperio em CAROATÁ, Imperiaes Resoluções, vol. 2, pag. 1532.

³ Foi em 1879 que surgiu de novo a questão com a fallencia do VISCONDE DE MAUÁ Em longa exposição dirigida ao Parlamento, allegava o VISCONDE que os credores de sua casa commercial eram em numero superior de 3.300, residentes em provincias longinhas e no estrangeiro, e que o pessoal exigido para a reunião, onde se podesse deliberar sobre a concordata que pretendia offerecer, a tornava inexequivel, resultando dahi ficar fora da lei um cidadão brasileiro, que teve a infelicidade de fallir, mas cujo procedimento foi julgado sem macula pelos tribunaes.

As commissões reunidas de Justiça Civil e Fazenda da Camara dos Deputados, estudando devidamente a representação do VISCONDE DE MAUA, propuzeram, em sessão de 27 de

Finalmente, o Decreto n. 917 adoptou novo systema, tornando a concessão da concordata dependente do voto de três quartos dos creditos admittidos ao passivo, systema da Ordenança Pranceza de 1673, condemnado na theoria¹ e na legislação dos paizes commerciaes, que sem discrepenacia suffragam a dupla maioria de credores e de créditos.²

Maio de 1879, o restabelecimento do art. 1.º do Decr. n. 1368 de 18 de Abril de 1854 (Annaes da Camara dos Deputados, 1879, vol. 1, pag. 386). Esse projecto foi approved, e no Senado soffreu profundas alterações que se vêem hoje no Decr. Legisl. n. 3065 (Annaes do Senado, 1882, Sessão de 29 de Março, pag. 266).

¹ Vide GUARIGLIA, II Goncordato, pag. 203, n. 22 e segs; THAILLER, Des Faillites en Droit Comp., vol. 2, n. 191; VIDARI, Corso, vol. 9, n. 8703; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 589: Essa regra (da Ordenança de 1673) tinha o grave inconveniente de dar uma preponderancia esmagadora aos grandes credores. Se bastasse a maioria em numero, os votos dos pequenos credores pesariam tanto como os dos grandes”.

— Justificando o systema da dupla maioria adoptada pelo Cod. Com., art. 847, dizia a Secção de Justiça do nosso Conselho de Estado, na consulta de 13 de Março de 1854, sobre a qual foi tomada a Imperial Resolução, de 1.º de Abril do mesmo anno: “Ambas essas circumstancias são muito justificadas. A de uma maioria de dois terços no valor dos créditos não soffre impugnação. A de maioria em numero apoia se nas seguintes considerações que parecem de peso á Secção. Podem dois, tres e mesmo um só credor constituir maioria no valor dos creditos. Pode grande parte da sua divida ser simulada, podem esses credores ser homens de demasiada boa fé, affeiçoados ao devedor, movidos por peditorios e relações. Podem ser homens de grandes capitães, com fortunas solidas, que queiram e possam ser em demasia indulgentes. Pode alem desses credores haver outros, de menores quantias, as quaes em relação a sua posição e circumstancias, sejam para elles da maior importancia. A exigencia de uma maioria em numero (maioria simples, pois o Codigo não exige para essa dois terços) é uma garantia para os credores de sommas menores. Haver credores em cuja posição e negocios uma quantia pouco avultada influa muito mais do que uma somma forte para outros. Ora, a Lei deve dar protecção a todos”. CABOATÁ, Imperiaes Resoluções, vol. 1, pag. 428.

— Nos mesmos termos, pouco mais ou menos, já se havia manifestado o Tribunato sobre o projecto do Codigo Commercial da França, que reproduzia o systema da Ordenança de 1673, systema apoiado pelo Conselho de Estado dessa nação.

— O CONS. OLEGARIO é um dos raros que adoptam o systema da unica maioria de quantidade de creditos. N'O Direito, vol. 1, pag. 13 e segs., censura o Decr. de 1.º de Fevereiro de 1872 e diz que exigir a maioria de numero é subordinar os grandes interesses do commercio a vontade e capricho dos pequenos credores, é acabar de vez para sempre com as concordatas e moratorias, e privar o negociante da rehabilitação pela impossibilidade de reunir credores para qualquer destes actos em maioria sufficiente, sempre que forem numerosos.

O legislador, na adopção de qualquer providencia dessa natureza, aconselha o venerando magistrado, deve attender mais á pratica do que á theoria, e ajuizar da conveniencia da medida pelos resultados que della podem provir na execução.

² Todos os Cods. estrangeiros adoptam a dupla maioria, variando só relativamente ao quantum. Assim, exigem: a maioria (metade e mais um) dos credores e dois terços dos creditos: o Cod. Com. Francez (art. 507 modificado pelo art. 15 da Lei de 4 de Março de 1889); a maioria dos credores e tres quartos da totalidade dos creditos: os Cods. Coms. Italiano (art. 833), Belga (art. 512) e a Lei Roumaica (art. 848); dois terços dos credores

527. Não havendo credores dissidentes, a concordata, quando aceita, considera-se *ipso facto* homologada, assumindo as condições de um contracto de indole privada, começando desde logo a produzir todos os seus juridicos effeitos.¹ O juiz não profere sentença, e por isso mesmo não ha recurso da acceitação da concordata.²

Quasi todas as legislações tornam necessaria para a validade da concordata a homologação, isto é, a sentença do juiz, que, como poder tutelar, atteste ser todo conforme á lei. Exigia-a o Codigo Commercial no art 850, em razão do character excepcional deste contracto que tem a força de obrigar não só os ausentes como mesmo os dissidentes.

O Decr. n. 917 acabou com essa formalidade quando a concordata é aceita sem que haja credores dissidentes.

Pouco importa que existam credores ausentes, comprehendidos nesta expressão: os credores que deixaram de comparecer á reunião e não se manifestaram anteriormente pela acceitação da concordata. A decisão dos presentes obriga os ausentes;³ ou por outra, a ausencia importa adhesão á deliberação da maioria.

e dois terços da totalidade dos creditos: o Cod. Com. Portuguez (art. 730), a Lei Suissa (art. 305) e a Lei Austriaca (art. 217); a maioria dos credores e tres quintos dos creditos: os Cods. Coms. Hespanhol (art. 901), Chileno (art. 1463); o terço dos credores e tres quartos dos creditos: o Cod. Com. Argentino (art. 1471); dois terços dos credores representando tres quartos dos creditos: a Lei Hollandeza; dois terços de credores representando quatro quintos de creditos: a Lei Hungara (art. 212).

A par desses systemas vae tendo muito voga entre os escriptores um outro ensaiado nos Estados Unidos da America do Norte por uma lei de 1892, segundo a qual se exige a maioria dos creditos se o dividendo é superior a 50%, e a maioria de tres quartos dos credores e dos creditos se inferior áquella porcentagem.

¹ Decr. n. 917, art. 46 § unico.

² Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 20 de Janeiro de 1897 na (Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 13, pag. 204.

— Com desrespeito da lei expressa temos visto á conclusão para homologarem a concordata unanimemente aceita. E' uma infração manifesta da lei.

³ Decr. n. 917, art. 144.

530. Havendo credores dissidentes, o juiz assignar-lhes-á o prazo de cinco dias para formularem os seus embargos,¹ em cujo processo se observará o que vae dito nos ns. 535 e segs.

Da acta da reunião dos credores (n. 30, 5.º) devem constar expressamente os nomes dos que votarem *pro* ou *contra* a concordata e a importancia do credito que cada voto representa.

Esta declaração é necessaria para se saber quaes os dissidentes e serem recebidos os embargos que por ventura elles apresentem.

531. Rejeitada a concordata não cabe ao fallido recurso nenhum, pois não se tracta de sentença, mas de um acto emanado da livre e soberana vontade dos credores.² Somente lhe é dado propor nova concordata. *Uno avulso, non deficit alter* (n. 511).

E note-se: no caso de apresentação de nova proposta os credores que votaram pela anterior não estão obrigados a manter o seu voto, ainda mesmo que os termos e condições da nova proposta sejam os mesmos da anteriormente rejeitada.

Se, porém, alguma decisão interlocutoria do juiz, relativa ao processo da formação da concordata, tiver concorrido para a rejeição, o fallido pode agravar desta decisão para superior instancia, com fundamento no art 669 § 15 do Regul. n. 737. Seria iniquidade privar-o deste recurso.

¹ Decr. n. 917, art. 46 § unico.

² O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 9 de Jan. de 1897 (Revista Mensal, vol. 5, pag. 35), decidiu que o devedor cuja concordata foi rejeitada não podia appellar; a appellação que o art. 46 § unico do Decr. n. 917 faculta é da decisão proferida sobre embargos á concordata oppostos por credores dissidentes. Entretanto essa sentença irreprehensivel foi absurdamente reformada em 2.º accordam na mesma causa (embargos). *Revista Mensal*, vol. 6, d pag. 124.

532. A concordata deve ser o fructo da boa fé do devedor e assegurar vantagens eguaes a todos os credores que não tenham qualquer direito de preferencia.

A egualdade de direitos deve levar á egualdade de condições; nem comprehender-se-ia que a concordata tornasse a condição de alguns credores peor do que na fallencia.¹ Se, porém, a concordata conceder vantagens especiaes a um credor, e todos os outros nisso consentirem expressamente, não ha razão de censura.²

533. No principio exposto no n. 532 supra fundam-se os preceitos legaes seguintes:

a) O devedor que para obtenção da concordata tiver occultado ou desviado bens, simulado passivo, feito conluio com algum ou alguns credores ou por qualquer outro modo viciado o consentimento dos credores, poderá a todo o tempo ser condemnado em acção ordinaria, ao pagamento integral da divida e seus juros, e, não estando ainda cumprida, a concordata por pagamento será rescindida.³

¹ THALLER, Des Fallites en Droit Compare, vol. 2, n. 195, Tout traité de la masse a un caractere éminemment égalitaire, et il faut se montrer très sévère envers ce créancier qui, selon la forte expression de Balzac — se glisse par la fenêtre, par le toit, par les caves, par un trou, qui prend un sac et grossit sa part". Vide RENOARD, Traité des Faillites, vol. 2, pag. 8.

² A Lei Allemã no art. 168 diz expressamente: "A concordata deve conceder direitos eguaes a todos os credores não privilegiados. Uma distribuição desigual de direitos somente é admissível com o consentimento expresso dos credores não beneficiados. Qualquer accordo do devedor commum ou de outras pessoas, com os credores singulares, para o fim de beneficial-os, é nullo. Igual disposição na Lei Hungara, art. 212. Essa justa solução é abraçada pelos escriptores franceses (LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 609) e italianos (GUARIGLIA, IL Concordato, pag. 189).

³ Decr. n. 917, art. 54. Este art. é o mesmo art. 5 do Decr. Legisl. n. 3065 de 6 de Maio de 1882. Todas as legislações estabelecem penas mais ou menos pesadas para o devedor e o credor em casos taes. O Cod. Com. francez, arts. 597 e 598, alem de annular a concordata, impõe a pena correccional de prisão até um anno e multa até frs. 2.000. Se o credor é syndico, a prisão será até 2 annos. O Cod. Com. Belga, art. 575, commina as penas da bancarrota simples, e multa igual ao valor das vantagens legalmente estipuladas alem de perdas e danos devidos á massa. O Cod. Com.

b) O credor, que nas deliberações sobre a concordata transigir com o seu voto para obter vantagens para si, perderá em beneficio da massa a importancia de seu credito, bem como quaesquer vantagens que lhe possam provir de similhante transacção.¹

e) O devedor e o credor nas condições expostas ainda incorrem em penas criminaes.²

534. As concordatas judiciaes estão isentas de sello.³

SECÇÃO II

Embargos á concordata

Summario. — 535. Opposição á concordata. — 536. Embargos. — 537. Credores que se podem oppor. — 538. Fundamento dos embargos. — 539. Seu prazo. — 540. Seu effeito. — 541. Renuncia. — 542. Processo dos embargos. — 543. Appellação e effeitos.

Hespanhol, art. 899, impoe a perda de todos os direitos que tenha o credor na fallencia. A Lei Allemã, § 213, a multa de 3.000 marcos.

¹ Decr. n. 917, art. 54. Este art. é o mesmo art. 5 do Decr. Legisl. n. 3065 de 6 de Maio de 1882. Todas as legislações estabelecem penas mais ou menos pesadas para o devedor e o credor em casos taes. O Cod. Com. francez, arts. 597 e 598, alem de annular a concordata, impõe a pena correccional de prisão até um anno e multa até frs. 2.000. Se o credor é syndico, a prisão será até 2 annos. O Cod. Com. Belga, art. 575, commina as penas da bancarrota simples, e multa igual ao valor das vantagens legalmente estipuladas alem de perdas e damnos devidos á massa. O Cod. Com. Hespanhol, art. 899, impoe a perda de todos os direitos que tenha o credor na fallencia. A Lei Allemã, § 213, a multa de 3.000 marcos.

² Decr. n 917, art. 81, ns. II e VI.

³ Regul. do Sello Federal, no Decr. n. 2573 de 3 de Agosto de 1897, art. 10, n. 6; Regul. do Sello do Estado de S. Paulo, no Decr. n. 182 de 20 de Junho de 1893, art. 10, n. 4.

535. Os credores dissidentes, vencidos pela maioria, podem se oppor á concordata, sendo-lhes aberto o caminho dos tribunaes para a allegação do seu direito e justiça.

Não obstante a preponderancia que exerce a deliberação da maioria, esta deliberação somente tem efficacia quando observadas as formulas substanciaes garantidoras dos direitos dos credores.

536. A opposição é feita mediante um processo especial, de brevissimo rito, a que o Decr. n. 917 denomina *embargos á concordata*.¹

O caracter peculiar destes embargos é que elles não constituem um recurso, pois são oppostos não á uma sentença, mas ao conveio celebrado entre o fallido o a maioria dos credores.

537. Só os credores dissidentes podem se oppor á concordata; e são taes aquelles que, tendo comparecido á reunião, manifestam expressamente o seu voto contrario á concordata.

Os credores ausentes, e aquelles que tendo comparecido se abstêm de tomar parte na deliberação sobre a concordata, suppõe-se terem votado a favor desta; e assim não lhes é dado formular embargos.²

¹ Decr. n. 917, art. 46 § unico. Disposição identica traziam os arts. 850 e 851 do Cod. Com., onde se regulava tambem o respectivo processo.

— E' esse um instituto admittido por todas as legislações: L'opposition an concordat, na França, Cod. Com., art. 512, e na Belgica, Cod. art. 516; Le opposizione al concordat, na Italia, Cod. Com., art. 836; Oposción al convenio, na Hespanha, Cod. Com. art. 902; no Chile, art. 1473, Oposicion al concordato, na Republica Argentina, art. 1473. Na capital de S. Paulo, um dos juizes commerciaes, não obstante haver credores dissidentes, sem guardar o processo do art. 46 § unico do Decr. n. 917 chamou á conclusão os autos de uma fallencia e homologou a concordata. Deste despacho appellaram aquelles credores e o Tribunal de Justiça, por Ac. de 2 de Fevereiro de 1898 (Revista Mensal, vol 8, pag. 123), achou muito procedente a appellação. Duas decisões absurdas, manifestamente illegaes: a do juiz não respeitando a ordem do processo e a do Tribunal con firmando o procedimento do juiz de instancia. O voto vencido do Ministro IGNACIO ARRUDA é irresponsivel. Não é licito substituirem-se os embargos, dos quaes tracta o art. 46 § unico do Decr. n. 917 com seu processo especial, pelo recurso de appellação que cabe somente da sentença que julgar aquelles embargos.

² Na Itália podem tambem se oppor á concordata os credores que não intervieram na deliberação (non intervenuti) art. 836; na França (art. 512) todos os credores com direito de concorrer á concordata ou aquelles cujos direitos forem posteriormente

Outrosim, os syndicos, nesta qualidade, não se podem oppor á concordata.

538. O Decr. n. 917 não diz o que 'pode' constituir matéria para embargos á concordata.

D'ahi a grande discussão que tem apparecido na doutrina e a dubiedade da jurisprudencia.

Estudando o systema daquelle Decr., bem caracterizado á face da disposição do art. 54, quer nos parecer que os unicos fundamentos dos embargos são: não observância das formalidades legais na formação da concordata, vícios substanciaes na verificação provisoria de credits, e erro de calculo da maioria legal.¹

Excluimos toda a allegação relativa ás causas que em direito podem infirmar os contractos, taes como o dolo, a fraude, a simulação, o erro e ainda o conluio do devedor com os credores ou quaesquer outros vícios que influam no consentimento; porque esta materia somente pode ser decidida em acção ordinario, nos termos do art. 54 do Decr.n. 917. Vide n. 533.

reconhecidos; na Republica Argentina 'art. 1473) os credores dissidentes e os que não concorrerem a reunião, porém cujos créditos forem verificados; no Chile (art. 1472) todos os credores ainda mesmo os que approvaram a concordata.

¹ O Cod. Com. Hespanhol no art. 903 dispõe: "As únicas causas para opposição á concordata serão: 1.º) defeitos na forma da concordata, na celebração e deliberação da junta de credores; 2.º) falta de personalidade ou de representação de algum dos votantes, sempre que o seu voto faça a maioria em numero ou quantidade; 3.º) conluio fraudulento entre o devedor e um ou mais credores ou dos credores entre si para approvarem a concordata; 4.º) exaggeração fraudulenta de créditos para formar a maioria de quantidade; 5.º) Inexactidão fraudulenta do balanço geral do fallido ou das informações dos syndicos para facilitar a admissão da proposta do devedor". Os Cods. Francez (art. 516) e Belga (art. 517) mandam que o Tribunal recuse a homologação no caso de não observancia das formalidades legais, ou quando motivos fundados no interesse publico ou no dos credores parecerem de natureza a impedir a concordata. O Cod. da Rep. Argentina art. 1473) diz que a opposição somente se poderá fundar na existência de dolo, fraude, ou omissão das formas estabelecidas.

539. Os embargos devem ser apresentados dentro do prazo de cinco dias marcados pelo juiz (n. 530).¹ Este prazo começa a correr desde o momento da acceitação da concordata pela maioria, e é fatal e improrogavel.²

540. Os embargos suspendem os efeitos da concordata até que o juiz da primeira instancia se pronuncie.

541. Se os credores dissidentes não formulam os embargos dentro do prazo legal, considera-se como tendo renunciado o direito de opposição. O juiz homologará logo a concordata.

542. Os embargos á concordata serão processados em auto apartado.

O fallido e o curador-fiscal terão vista por 48 horas, findas as quaes, dentro de 24 horas, serão os autos conclusos ao juiz, que assignará dez dias para a prova.

Esta dilação probatoria correrá da publicação do despacho em cartorio ou em audiencia, e decorrida ella serão os autos, sem mais allegações, conclusos ao juiz para sentença.³

O juiz na sentença homologará ou rejeitará pura e simplesmente a concordata, pois sendo esta um contracto não pode ser alterada, nem modificada senão pelo consentimento reciproco das partes.⁴

Julgados procedentes os embargos, o juiz anullará a concordata in totum¹ seguindo a fallencia seus termos.

¹ Decr. n. 917, art. 46 § unico.

² Decr. n. 917, art. 143.

³ Decr. n. 917, art. 46 § unico.

⁴ NAMUR, Code de Com. Belge, vol. 3, n. 1858

Considerando improcedentes os embargos, o juiz homologará a concordata para que produza todos os seus efeitos.²

543. A appellação da sentença é commum a ambas as partes e será recebida só no effeito devolutivo,³ pois deve a concordata produzir logo todos os effeitos legaes pela necessidade que ha de não serem interrompidas as transacções commerciaes.⁴

SECÇÃO III

Effeitos juridicos da concordata

544. A concordata produz importantes effeitos desde o momento em que é definitivamente acceita.

Definitivamente acceita se diz a concordata quando é formada sem voto dissidente (n. 529), ou quando depois de embargada é homologada(n. 542).

São, porém, diversos os effeitos da concordata conforme se tracta da concordata por pagamento ou da concordata por abandono.

¹ BOILEUX sur BOULAY-PATY, vol. 2, n. 599; RENOARD Traité des Faillites, vol. 2, pag. 54; VIDARI, Corso, vol. 9, n. 8755; Lei Roumaica, art. 856.

² A Lei Roumaica, no art. 856, dá ao Tribunal a faculdade de condemnar o opponente á multa de 100 a 5.000 frs. quando a opposição é feita com má fé e com a intenção manifesta de demorar a conclusão da oonoordata. Boa disposição não ha duvida, mas o feliz exito da medida depende de uma magistratura intelligente, e que saiba cumprir deveres.

³ Decr. n. 917, art. 46 § unico, d.

⁴ Ac. da ReL do Rio, de 12 de Agosto de 1876, em TEIXEIRA DE FREITAS, Additamentos ao Cod. do Com., pag. 1173.

ARTIGO I

Efeitos da concordata por pagamento

Summario. — 545. A concordata faz cessar a fallencia. — 546. Prestação das contas dos syndicos. — 547. Morte do devedor na constancia da concordata. — 548. Razão de ordem.

545. O effeito capital da concordata por pagamento é o encerramento do processo da fallencia no estado em que este se achar.

Dissolve-se a massa, readquire o fallido o exercicio da sua actividade commercial, cessam as funcções dos syndicos; só a commissão fiscal continua ao lado do cuncordatario com o dever de fiscalisar o cumprimento do accordo (n. 502).

546. Cessando as funcções dos syndicos, são estes obrigados a prestar contas e a entregar com diligencia e justeza o activo da fallencia ao concordatario.¹

O processo da prestação de contas é o mesmo exposto no n. 420.

547. Fallecendo o devedor na constancia da concordata, a sua viuva e herdeiros, aptos para represental-o em todos os effeitos commerciaes da fallencia,² devem tractar de Cumpril-a nos termos e condições do accordo.³

¹ Decr. n. 917, art. 51.

² Decr. n. 917, art. 10 § 2.

³ GUARIGLIA, II Concordato, pag. 287.

Não se pode negar este direito aos successores do fallido pela mesma razão porque não se lhes pode negar o direito de propor concordata (n. 508).

Se, porém, o concordatario não deixa herdeiros, ou se estes abandonam a herança e não tractam de cumprir a concordata, é caso de rescisão com fundamento no art. 48, A, do Decr. n. 917, visto a impossibilidade da satisfação do accordo pela certa deterioração do activo.

548. Alem daquelle effeito principal (n. 545), outros decorrem da concordata e se referem já ao devedor, já aos credores.

Examinaremos essas duas ordens de effeitos.

§1.º

Effeitos relativos ao concordatario

Summario. — 549. A concordata não desonera desde logo o devedor. — 550. Suspende as prohibições occasionadas pela declaração da fallencia. — 551. Cumprida, importa quitação. — 552. Induz a entrega do activo ao devedor. — 553. Repõe este na administração dos bens. — 554. Restitue a plena liberdade contractual. — 555. Sujeita o concordatario á fiscalisação. — 556. O concordatario pode estar em juizo. — 557. Isenta o devedor de pagar a parte remittida. — 558. O concordatario pode promover a nuillidade dos actos definidos nos arts. 29, 30 e 31 do Decr. n. 917?

549. A *concordata por pagamento* quando definitivamente aceita (n. 544):

1.º Não desonera o devedor, não o liberta dos efeitos civis, commerciaes e criminaes da fallencia senão depois de decorrido o tempo accordado e do satisfeitos os termos do accordo, salvo se este for cumprido dentro do prazo concedido pelos credores,¹ mas

560. 2.º Suspende todas as prohibições decorrentes da sentença declaratoria da fallencia, que pesavam sobre o devedor.

551. 3.º Uma vez cumprida importa quitação ao fallido e consequente reabilitação, salvo quanto a esta se no juizo criminal houver elle sido condemnado.² Vide ns. 875 e 876.

A reabilitação deve, porém, ser processada nos termos legaes,³ e somente ella faz cessar todas as prohibições.⁴

Eis uma incongruencia do Decr. n. 917. A concordata restituo ao devedor a plena administração de bens, faz desaparecer a *indisponibilidade legal*, no em tanto, quando mesmo cumprida, para que *cessem as incapacidades* exigem os artigos 86 e 90 a reabilitação!⁵

551. 4.º Induz a entrega do activo da massa ao concordatario I (n. 546).⁶ Os bens são entregues no estado em que se acham, e, como

¹ Decr. n. 917, art. 44 § 1.

² Decr. n. 917, art. 47.

³ Decr. n. 917, art. 86.

⁴ Decr. n. 917, art. 90.

⁵ O Cod. Com. Portuguez, art. 743, para evitar essa censura distingue entre levantamento da interdicção e reabilitação. O fallido que obtiver concessão de moratoria ou approvação definitiva de concordata pode requerer o levantamento da interdicção: a reabilitação somente será declarada em consequencia da classificação da quebra como casual, ou do facto de ter cumprido ou ter-lhe sido perdoada a pena em que haja incorrido por fallencia culposa ou fraudulenta.

⁶ Decr. n. 917, art. 51, a.

da concordata não tem effeito retroactivo, todos os contractos praticados pelos syndicos devem ser respeitados e cumpridos pelo concordatario, salvo as modificações expressamente declaradas na concordata.

Alem dos bens devera ser entregues ao devedor os livros, papeis e tudo o mais que tenha relação com a fallencia.

Note-se que o concordatario não é um cessionario dos direitos da massa dos credores. Os bens do fallido nunca passaram para a propriedade da massa (n. 193), e os syndicos têm de prestar contas da administração que sobre elles exerceram (ns. 420 e 546). A importancia que o fallido concordatario paga a seus credores não é o equivalente de valores cedidos, mas sim a extinção de debitos existentes; não se pode ver novas relações de direito onde se tracta somente de dissolver relações antigas.¹

553. 5.º Repõe o devedor na administração de bens, da qual fora privado pela sentença declaratoria da fallencia (n. 248), e

554. 6.º Restitue-lhe a plena liberdade contractual que gosava antes da declaração da fallencia, ou melhor, faz cessar a mais *indisponibilidade* estabelecida em beneficio da massa; fica o concordatario com o direito de liquidar a massa como entender.²

D'ahi o seguinte corollario: quando mesmo a concordata se rescinda, as obrigações contrahidas pelo concordatario têm inteira validade e devem ser respeitadas,³ salvo, naturalmente, os casos de fraude ou dolo.

¹ CAVO, La Cessazione dei pagamenti, n. XVIII.

² Decr. n. 917, art. 51, a.

³ Decr. n. 917, art. 56 pr.

555. 7.º Sujeita as operações da liquidação a cargo do concordatario á fiscalisação do curador das massas fallidas e de dois credores (n. 502), para o effeito da rescisão era casos determinados.¹

556. 8.º Auctorisa o devedor a estar em juizo, como auctor ou como réo, na defeza de seus direitos e interesses fundados na concordata.

O concordatario pode proseguir nas acções pendentes iniciadas ou continuadas pelos syndicos.

557. 9.º Isenta o devedor de pagar a parte do debito que os seus credores remittiram, ainda mesmo que posteriormente adquira bens sufficientes, mas neste sentido: nenhuma acção judicial pode o credor propor contra o devedor para haver a parte remittida.² A parte da debito remittida subsiste, porém, como obrigação natural, entregue á consciência do devedor.³

Se, pois, o devedor paga *voluntariamente* a parte remittida, este; pagamento não pode ser repetido pela *conditto indebiti*.⁴ Observe-se

¹ Decr. n. 917, arts. 51, a e 49.

² Isso é expressamente dito pelos Cods. Coma. Hespanhol, art. 905, Chileno, art. 1478, Argentino, art. 1490 e Lei Hungara, art. 223.

³ Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 24 de Abril de 1897, na Revista Mensal, vol. 5, pag. 445: “o concordatario não tem obrigação civil de pagar, mas uma vez que paga alem da porcentagem convencionada, não pode repetir o que de mais pagou em execução de uma obrigação natural que impõe ao homem de honra e consciencia o pagamento integral de seus credores”. Vide tambem RENOUEAU, Traité des Faillites, vol. 2, pag. 67; MASSOL, De Obligation Naturelle, pag. 267; AUBRY ET RAU, Droit Civil Français, vol. 4 § 297; DEMOLOMBE, vol. 27, n. 40; LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 17, ns. 21 e 22.

— Os que entendem ser a concordata uma transacção negam a sobrevivencia da obrigação natural, pois a transacção importa novação das obrigações anteriores. O Ac. do Trib. De Just. de S. Paulo, acima extractado, paremos de incorrer em deplorável inconsequencia: admite a subsistencia da obrigação natural e reconhece ao mesmo tempo que a concordata opera novação. Vide nota 1, pag. 348.

⁴ LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 617, o; VIDARI, Corso, vol. 9, n. 8780; BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la poursuite pour deites et a faillite, pag. 538: “Les dettes primitives subsistent avec tons leurs accessoires; jusqu'à concurrence de la portion remise elles subsistent comine obligations naturelles, en sorte

porem, que a voluntariedade do pagamento é condição essencialissima; o credor não podia compensar a parte remittida com um credito que por ventura tivesse contra o fallido.¹

558. Dissemos no n. 556 supra que um dos efeitos da concordata por pagamento era permittir ao concordatario comparecer em juizo como auctor ou como réo.

Vem a proposito interessante questão: pode o concordatario promover a nullidade de actos definidos nos arts. 29, 30 e 31 do Decr. n. 917?

Uns negam absolutamente este direito;² outros admittera-no quan-Bdo na concordata foi cedido ao devedor;³ outros finalmente admittem-nu emquanto o concordatario não cumpre os termos da concordata.⁴

A primeira opinião é incontestavelmente a mais procedente:

1.º Porque as nullidades de que tractam aquelles arts. foram estabelecidas em beneficio da massa e para evitar offensa á *par conditio creditorum*. Desde que a massa é dissolvida (embora surja mais tarde, caso a concordata seja rescindida) não se pode conceder ao concordatario o direito de invocar as nullidades estabelecidas em beneficio della. Se a concordata, pondera GUARIGLIA, restitue ao devedor a posição em que

qu'il n'y aurait pas lieu à répétition de l'indú si le debiteur venait dans la suite à les rembourser complètement".

¹ VIDARI, Corso, vol. 9, n. 8799; GUARIGLIA, II Concordato, pag. 268. Em contrario decidiu o Trib. de Just. de S. Paulo, no Ac. citado, na nota 5 da pag. 340, accrescentando esse accordam que o pagamento da parte remittida feita pelo concordatario sob ameaça do proseguimento da fallencia não é razão para dizer-se que houve coacção. Perigosa doutrina que deve ser banida.

² CALAMANDREI, Fallimento, n. 184; ALAUZET, Comment. theorique et pratique du code de commerce, n. 2703; LYON-CAEN & RENAULT, Tratté de Droit Com., vol. 7, n. 632.

³ RUBEN DE COUDER, Dict. de Droit Com., verb. Concordate, n. 199; SEGOVIA, Explic. y Crit. dei Cod. Com. Arg.

⁴ DEMANGEAT sur BRAVARD-VEYRÈRES, Tratté de Droit Com., vol. o, pag.382, nota 2.

elle se achava antes da fallencia, não é licito a este servir-se de disposições legaes das quaes não poderia então se soccorrer.¹

2.º Porque ninguém em juizo pode ser ouvido allegando a propria má fé ou fraude: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

3.º Porque, quando o terceiro estivesse de boa fé, o direito que o Decr. n. 917, art. 34 § 4.º, lhe confere para haver do fallido, a todo o tempo, perdas e damnos, bastaria para illidir qualquer pretensão que lo concordatario tivesse de invalidar actos que a lei tornou inefficazes tão somente era beneficio da massa dos credores.

Se, porém, na epocha da acceitação da concordata está pendente a acção de nullidade, o conoordatario pode proseguil-a ?

Não, em virtude do principio juridico — *quem de evictione tenet actio e umdem agentem repellit exceptuo*. SEGOVIA entende, porém, que o fallido pode, mediante pacto expresso na concordata, constituir-se cessionario do direito litigioso correspondente a massa.² Esta doutrina não parece exacta. A massa não pode ceder o que lhe foi excepcionalmente concedido em seu exclusivo beneficio no intuito de estabelecer a *par conditio creditorum* e moralisar o commercio. Os actos nullos ou annullaveis prevalecem relativamente ao fallido (ns. 288 e 304) que tambem responde ao terceiro de boa fé por perdas e damnos (n. 377), e al concordata não altera essa situação.

Quid indè se na epocha da acceitação da concordata o acto já se acha declarado nullo por sentença judicial?

A questão é delicadissima; parece-nos, entretanto, que o concordatario tem o direito de aproveitar-se da nullidade tão somente para os efeitos da concordata. O concordatario recebe o activo e passivo

¹ Il Concordato, pag. 265.

² Expl. y Crit. del Cod. Com. de la Rep. Argent. vol. 3 nota 4532.

da fallencia no estado em que se acham (n. 552), e emquanto a concordata não é de todo cumprida não ficam desinteressados os credores, os quaes embora não mais estejam reunidos em massa, casos ha em que poder de novo se syndicar, proseguindo a fallencia.¹

§2.º

Efeitos relativos aos credores

Summario. — 559. A concordata obriga a todos os credores chirographarios — 560. Não produz novação. — 561. Não desonera os co-obrigados. -562. A questão entre nós. — 563. A concordata formada com um socio importa novação.

559. A concordata por pagamento definitivamente aceita:

1.º Obriga a todos os credores chirographarios sem distinção, fossem ou não reconhecidos, tomassem ou não parte na deliberação, sejam formes ou dissidentes, conhecidos ou desconhecidos, presentes ou ausentes.²

Só os credores contestados ficam isentos dos efeitos da concordata quando em acção regular forem julgados legitimos (n. 522).

¹ Em contrario LYON-CAEN & RENAULT, *Traité de Droit Com.*, vol. 7, n. 633. n 633.

² Cod. Com. art. 852; Ac. da Rel. do Rio, de 6 de Outubro de 1876, em TEIXEIRA DE FREITAS, *Additamentos ao Cod. do Com.*, pags., 1173 e 1174.

E' ease o principio consagrado tambem nos Cods. francez, arts. 516 e 617; belga, art. 518; italiano, art. 840; lei aliemão, §§ 170 e 178; lei suissa, art. 311; lei ingleza, Bankruptey Art, 1890 § 3 (12 & 13).

O Cod. Com. Hespanhol, art. 904, torna obrigatoria a concordata somente para o fallido e para os credores cujos creditos datam de epocha anterior á declaração da fallenia, se houverem sido citados em forma legal, ou se, tendo-lhe sido notificada a aprovação da concordata, não tiverem reclamado contra ella nos prazos marcados na lei do processo civil, mesmo quando não estejam comprehendidos no balanço nem hajam sido partes no processo.

560. 2.º Não produz novação, pois não pode ser comprehendida era nenhum dos casos do art 438 do Cod Com. (nova divida, novo credor, novo devedor), nem exonera os co-obrigados com o fallido, salvo quando é celebrada com um dos socios da firma fallida.

A novação não se presume; a vontade de operal-a deve resultar claramente do acto, e esta vontade não existe quando o credor, forçado pelas circumstancias, consente em dar uma dilação para o pagamento ou reduzir a importancia do seu credito; a modificação que soffre o credito na concordata seja relativamente ao prazo, seja relativamente á quantidade, não é sufficiente para mudar-lhe a natureza.¹

Não ha pois, na concordata, substituição de uma divida antiga por outra nova; ao contrario: por ella estipula-se um meio facil e prompto de liquidação. Para o devedor não desaparece a obrigação moral de satisfazer a parte remittida de seu credito, e quando a satisfaça não pode reclamar a restituição (n. 557).

Ainda dois argumentos valiosos sobre o thema offerece o Decr.n. 917:

1.º rescindida a conoordata, a fallencia proseguirá,² como se aquella não existisse; desaparece o prazo ou o abatimento concedido. Não se pode dizer que os creditos voltaram a seu antigo

¹ Vide discurso do CONS. LAFAYETTE, na Cam. dos Deputados, sessão de 3 de Janeiro de 1879, nota 3, pag. 347. GUARIGLIA, II Concordato, pag. 273; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Drot Com., rol. 7, n. 626; BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de la loi suisse sur la poursuite pour deites et la faillite, pag. 538.

Em contrario: Ac. de 24 de Abril de 1897 do Trib. de Just de S. Paulo, na Revista Mensal, vol. 4, pag. 445. Vide nota 5, á pag. 340. VIDARI, Corso, vol. 9. n. 8777.

Sustentando que a concordata não opera novação, disse recentemente a subcommissão compiladora do projecto preliminar da concordata preventiva na Itália, em sua Relazione, pag. 39: "A concordata não influe sobre a intima natureza do direito creditorio, mas, conforme o seu conteudo, é uma limitação do mesmo, ou em relação ao tempo (concordata dilatoria), ou em relação ao valor (concordata remissoria), ou em relação ao modo de realizar o credito (concordata de liquidação). A causa originaria do direito creditorio é sempre a mesma; somente a importancia do credito ou a modalidade do seu pagamento é modificada por isso mesmo que se substitue a ordinaria liquidação forçada por uma liquidação amigave".

² Decr. n. 917, art 50

estado, por, isso mesmo que nunca soffreram a menor alteração em sua essencia, em sua natureza.

2.º Nos casos de desvio de bens, simulação do passivo e outros expressos no art 54 do Decr. n. "917, o devedor pode ser condemnado ao integral pagamento da divida e seus juros. Erraria quem sustentasse que a lei manda annullar a *novação* que, por ventura, a concordata operasse.

561. A concordata não operando novação não é caso de applicar-se a disposição da ultima parte do art. 438 do Cod. Com. "a novação desonera todos os co-obrigados que nella não intervem".

Foi justamente temendo não ser pago integralmente que o credor exigiu co-obrigados ou fiadores; o credor forçado pelas circumstancias a acceitar a concordata, presume-se ter feito o que a prudencia lhe recommendava e ter obrado em boa fé. Perdessem os credores os direitos que tinham contra os co-obrigados, condemnado estaria o instituto da concordata, pois tanto importaria excluir taes credores das deliberações concordatarias, e esta exclusão, impossivel de ser decretada pois iria offender incontestaveis direitos, tornaria em muitos casos irrealisavel a concordata.¹

O fiador ou co-obrigado, que paga ao credor o restante da divida, não pode exigir do concordatario a quantia que pagou, nem mesmo a porcentagem da concordata sobre a mesma quantia, pois, se assim fosse, a remissão obtida pelo devedor ficaria completamente illusoria; dava-se uma troca de pessoas, mas a situação continuaria a mesma. Em vez de pagar ao credor directo, teria de pagar ao co-obrigado ou ao fiador.² O concordatario tem apenas obrigação natural de satisfazer ao co-obrigado ou ao fiador quanto estes por elle pagaram.³

¹ RENOARD, Traité des Faillites, vol. 2, pag. 189 e 190.

² OBARRIO, Quiebras, n. 240.

³ LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 620.

562. Na vigencia do Codigo Commercial, despertou grande discussão saber se a concordata importava novação e se exonerava os com o fallido.

A jurisprudencia não offerecia a precisa consistencia¹ e a doutrina apresentava-se muito receiosa de tomar um partido seguro.² Na imprensa³ e no Parlamento⁴ foi agitada a questão, pedindo-se uma solução, que aliás nunca teve.

¹ Sentença de Sup. Trib. de Justiça, de 7 de Julho de 1877 "a concordata é ato especial da fallencia, em que os credores accordam-se entre si e no melhor meio da liquidação da massa, sem que isso importe, nos termos de direito, novação das obrigações primitivas ou renuncia de direitos". D'ahi concluiu o Tribunal: o portador de uma letra o qual concedera concordata ao sacador fallido conserva o direito de accionar e executar ao acceitante solvente. O Direito, vol. 13, pag. 705. O contrario havia resolvido esse mesmo Trib. por sentença de 2 de Maio de 1877 (dois mezes antes). O Direito, vol. 13, pag. 706. Que a concordata opera novação e desonera os co-obrigados com o fallido resolveu também a Relação de Ouro-Preto, no accordam revisor de 14 de Dezembro de 1877, n'O Direito, vol. 16 pag. 606.

² O TEIXEIRA DE FREITAS, nos Additamentos ao Cod do Com., pag. 757: "... o assumpto carece de meditada revisão legislativa e sua diffiuldade desculpa a contradição do Supremo Tribunal de Justiça".

³ O Jornal do Commercio, de 19 de Julho de 1877, depois de expor a questão e de transcrever as duas sentenças contradictorias do Sup. Trib. de Justiça, escreveu: "Na acção que correu pelo foro da Corte, o acceitante fica desobrigado do pagamento. Na acção que correu pelo foro de Valença, o acceitante está obrigado ao pagamento! Em um caso considera-se a concordata uma novação de contracto, no outro caso a concordata não é novação de contracto. Onde pois o direito? Onde a verdade, que não pode ser senão uma? Não seremos nós, por certo, que tractaremos de responder a essa terrível interrogação; mas temos o direito de fazel-a, porque acreditamos ser nesse ponto órgão do commercio do paiz, que se ve assim collocado em uma situação embaraçosa. Onde o direito é incerto, não existe direito; e triste do paiz, que descredo direito e da justiça! As duas sentenças oppostas do Tribunal, proferidos sobre-o mesmo facto, não têm somente como resultado deixar a questão de pé; vão mais longe, podem abalar a fé na mais elevada magistradura do Paiz.

"Cumpre, entretanto, que saiba o commercio, qual a lei que rege essa matéria; e, se não ha lei, ou se a lei é obscura, -aos legisladores compete com urgencia dar remedio a um mal que não pode ser desattendido sem perigo para momentosos interesses".

⁴ Na sessão da Camara dos Deputados de 25 de Junho de 1877 a Comissão de Justiça Civil apresentou o seguinte projecto de lei: "A Comissão de Justiça Civil: Considerando que, não sendo novação a concordata (como ora se tem pretendido), convém todavia remover qualquer duvida a tal respeito, e sobre seus effeitos; Considerando que, se tal confusão prevalecesse, seria em contrario ao nosso direito (Cod. do Com. arte. 422, 391, 892; Decr. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 577, §§ 4 e 7.º), em contrario á melhor doutrina e a legislações extranhas; Considerando que a novação refere-se aos contractos em geral, e depende somente de livre e espontanea deliberação e accordo das partes (Cod. cit. art. 438), no emtanto que a concordata refere-se exclusivamente a

fallencia, e é sujeita á condições especiaes, a regimen peculiar e proprio (Cod. cit. arts. 842 e 854 e mais disposições vigentes); Considerando que, se a concordata fosse novação e importasse por si a exoneração dos co-obrigados com o fallido, deveria dar logar a serem chamados ao processo da fallencia os mesmos co-obrigados e até os acceitantes de letras e titulos semelhantes, o que seria manifesta anarchia; Considerando que a concordata é determinada pela força das circumstancias, devidamente apreciadas pelos credores do fallido, em boa fé e no seu maior interesse; Considerando que a garantia dos co-obrigados solidarios é exigida exactamente pelo receio de não ser o credor pago inteiramente pelo seu devedor; Considerando que não é justo prevalecerem-se os co-obrigados, em seu favor, desse accordo entre o credor e o fallido, para se presumirem exonerados, quando deve isto depender de expressa declaração ou renuncia do mesmo credor; Considerando que a doutrina, ou antes, opinião alludida, aconselharia os credores a não concederem concordatas, ficando estas sem applicação entre nós, com graves inconvenientes para os credores, para os devedores e para o commercio em geral; Considerando que esse meio de liquidação pode ser vantajoso ao commercio, e é, portanto, fundado em utilidade publica: Tem a honra de submetter á deliberação desta augusta camara o seguinte projecto:

A assembléa geral legislativa resolve: Art. 1.º A concordata em que não haja expressa renuncia dos direitos contra os co-obrigados do fallido, não extingue a acção dos credores contra os mesmos pela totalidade da divida, salvo a deducção proveniente de effectivos pagamentos. Art. 2.º Revogam-se as disposições em contrario. Paço da Camara dos Srs. deputados, 25 de Junho 1877. A. M. PERDIGÃO MALHEIRO. DUQUE-ESTRADA TEIXEIRA (com restricções). — PAULINO NOGUEIRA B. DA FONSECA (Annaes da Camara dos Deputados, 1877, vol. 1.º, pag. 234).

Somente em sessão de 3 de Janeiro de 1879 entrou em 1º discussão este projecto sob o n. 126. Rompeu o debate o Sr. TAVARES BELFORT que acha consagrar o projecto uma clamorosa injustiça, uma revoltante iniquidade, e sendo conveniente regular a materia protesta apresentar emendas em 2.º discussão. O devedor dando ao fallido a concordata e combinando em grande abate do credito e em novas formas ou prazos de pagamento e indo demandar pelo pagamento integral o co-obrigado, que não teve parte na concessão de concordata, ficando este co-obrigado subrogado nos direitos do credor para haver do concordatario a divida nas condições de grande abate e demorado pagamento, estipulados na concordata em que não interveio, é iniquo e contra todos principios de justiça e moralidade. A concordata, diz ainda o mesmo deputado, é incontestavelmente uma novação de contracto, na conformidade do art. 436, 1º hypothese do 3º Com.; desde que na concordata ha abate no credito, desde que o titulo do credito ou já vencido em prazo proprio, ou vencido pela fallencia, é substituido, em virtude da concordata por outro e outros titulos e com outros prazos e formas de pagamento, emfim desde que o credito é pela concordata alterado, não somente in quantitate, mas *in die, loco, conditione et modo*, certo dá-se alteração na natureza de primeira obrigação e, pois, dá-se novação. Ora, a novação desonera todos os co-obrigados que nella não intervêm, como expressamente diz o art. 438 in fine do Cod. Entende pois o orador que se deve convocar os credores co-obrigados com o fallido para tomarem parte na concordata.

O SR. BAPTISTA PEREIRA, acompanha a doutrina do SR. TAVARES BELFORT, e começa dizendo que os factos que precederam o projecto o eivaram de suspeição pois foi offerecido pela comraissão de justiça civil na occasião em que era agitado em juizo um pleito no qual estavam envolvidos interesses do Banco do Brazil, notando-se ainda que o relator d'aquella commissão defendia em juizo a doutrina do projecto no alludido pleito.

Passando a sustentar que a concordata importa novação diz: “A novação não é outra cousa mais do que a transformação de uma obrigação por outra, de modo tal que a obrigação novada extingue inteiramente a anterior. Os jurisconsultos são todos concordes em definir a novação *mutatio obligationis*. Ha um critério seguro para se conhecer se existe ou não a novação. Este criterio é a impossibilidade da co-existencia das duas obrigações. Quando pois se dá a novação, a obrigação que se substitue é de ordem a fazer extinguir inteiramente a obrigação que existia. E nem é outra cousa a

concordata, contracto celebrado entre o fallido e os credores, por virtude do qual não ha só mudança de obrigação como de titulo. O credor concordatario por virtude deste novo ajuste continua credor do fallido, não pelo titulo originario, porem pelo titulo novado da concordata. As duas obrigações seriam incompativeis; ninguem pode ser credor do fallido por um duplo titulo; o primitivo desaparece e transforma-se no oriundo da concordata, que modifica as relações juridicas anteriormente existentes, creando um novo estado de direito”.

Depois de mostrar que não devemos transplantar para a nossa legislação a disposição do art. 545 do Cod. Com. Francez, pois aquella sahiu das entranhas do Cod. Portuguez que não acceitou a doutrina franceza, diz: “A concordata é o regimen da egualdade para os credores que nella tomam parte; na concordata só podem concorrer aquelles credores que supportam as chancas adversas, ou participam da perda. Ora, pela doutrina do direito francez, a que é inclinado o nobre Sr. Ministro da Justiça, dá-se a maior desigualdade entre os credores que concorrem numa concordata. O portador de titulos de responsabilidade solidaria, pôde elle só dictar a lei a todos os credores, arrastando-os a perdas celtas mediante manejos dolosos que celebram com o fallido; ao passo que os outros credores são obrigados a contentar-se com a migalha da fallencia, esse credor de posição avantajada disputa aos outros essa migalha e faz-se pagar integralmente pelos co-obrigados que forem estranhos á concordata. Qual a razão porque um credor que tem titulo privilegiado fica excluido de tomar parte na concordata? Qual é a razão pela qual, se toma parte na concordata, entende-se que renunciou ao privilegio? E para collocar os credores em circumstancias de perfeita egualdade; mas essa egualdade desaparece desde que se permite ao portador do titulo de responsabilidade solidaria entrar na concordata, recebendo della o dividendo oferecido aos demais credores, mas resarcindo-se das perdas que a concordata lhe trouxe, recebendo a differença dos co-obrigados até á solução integral do seu credito”.

O SR. LAFAYETTE (Ministro da Justiça): — Sr. Presidente, quaesquer que sejam as causas que expliquem o apparecimento nesta casa do projecto que se discute, essas causas não podem influir para que a Camara dos Srs. deputados deixe de prestar essa approvação á doutrina do mesmo projecto; doutrina profundamente juridica e que consulta graves e importantes interesses do commercio.

A disposição que se acha consagrada no projecto em discussão é uma consequencia logica, necessaria, da natureza da concordata.

A concordata é um contracto de natureza particular celebrado entre o fallido e seus credores: tem por objecto tão somente dar novo prazo ao devedor e remittir por via de regra uma parte da divida.

Antes de tudo cumpre declarar que ella não opera novação. E' esse um ponto de direito fora de contestação.

A novação só se dá quando ha transformação da obrigação ou substituição do credor ou devedor. A concordata, porém, não acarreta mudança na essencia da divida; sem embargo della a divida subsiste com a mesma natureza; a concessão de maior prazo e a remissão, puros accidentes, não importam conversão da causa, do titulo primitivo do direito em nova causa, em novo titulo. Também da concordata não resulta substituição de devedor e credores; continuam como credores e devedores aquelles que antes o eram.

O SR. BAPTISTA PEREIRA: A novação qne nasce da concordata é objectiva.

O SR. LAFAYETTE: Assim que, Sr. presidente, suecumbem pela raiz a argumentação do illustre deputado pelo Rio de Janeiro, argumentação toda deduzida dessa proposição — que a concordata importa novação. Srs., a doutrina que se acha escripta no projecto é a doutrina dos codigos das nações mais adeantadas, do codigo francês, do codigo belga, que é um monumento de clareza e bom senso, e do da Itália.

Eu dizia que a concordata é um contracto de natureza especial. Como sabeis, Srs., todo o contracto é formado pelo concurso de duas vontades, e o contracto só obriga aquelles, que deram o concurso de sua vontade para elle. A concordata, porém, se afasta desta regra; contracto entre o fallido e seus credores obriga a todos os credores, ainda aquelles que votaram contra ella. Qual a razão desse desvio de uma regra fundamental

O Decr. n. 917 passou por alto, quando devia ter expressamente resolvido para que não pairasse a menor sombra de duvida e evitasse que ainda hoje a jurisprudencia ande ás tontas.¹

O systema triumphante nas legislações estrangeiras é o da não exoneração dos co-obrigados e fiadores do fallido.²

de direito? E' porque a concordata é por assim dizer um acto forçado, é um meio de liquidação; não tem o character de acto livre, espontaneo da parte dos credores; é um expediente de que lançam mão para evitar o prejuizo, obrigado pelo império das circumstancias. E tanto este principio é acceito que as remissões feitas pelos paes a seus filhos fallidos não se representam doações, e por consequencia não voltam a collação.

Sr. presidente, é essa mais uma das razões porque a concessão da concordata não opera a exoneração dos co-obrigados.

O nobre deputado pelo Maranhão observou que a doutrina do projecto envolve uma injustiça em relação aos co-obrigados, pois que não comparecem na fallencia nem tomam parte nella; mas, Srs., como podem os co-obrigados comparecer na fallencia se não são ainda credores do fallido, porque ainda não pagaram a divida que afiançaram?

O nobre deputado pelo Rio de Janeiro disse que a doutrina do projecto importa desigualdade em relação aos credores, isto é, que o credor que tem o seu credito garantido com responsabilidade de terceiro, ficando essa responsabilidade salva na hypothese da concordata, será sempre fácil em concedel-a, sem se importar com o prejuizo dos demais credores. Creio que é esse o argumento do nobre deputado.

O SR. BAPTISTA PEREIRA: só pode concorrer para a concordata o credor que participa das perdas.

O SR LAFAYETTE: O argumento do nobre deputado não calha. Em primeiro logar a garantia da co-responsabilidade pessoal não se acha nas mesmas condições da garantia das dividas protegidas por hypotheas ou por penhor. A garantia pessoal é fallivel, a garantia real é em regra firme e segura. Em segundo logar ha uma grande razão em favor da doutrina que sustento. E' de alta conveniencia para o commercio, está no interesse do Estado, que se facilitem as concordatas, porque sendo ellas um excellent meio de liquidação, salvam o fallido das consequencias de um desastre e minoram os prejuizos dos credores. Se prevalecesse a opinião, do nobre deputado, isso é, que a concordata importa exoneração dos co-obrigados, a maioria dos credores não a concederia.

Na praça do Rio de Janeiro, por exemplo, nas fallencias os maiores credores são os bancos, cujos credits se acham sempre garantidos por duas e três firmas.

Se vingasse a opinião do nobre deputado, é evidente que credores na hypothese figurada não votariam pela concordata, o que se traduziria em grave prejuizo dos interesses do commercio e do Estado". (Annaes da camara das Deputados, 1878, vol. 1, pags. 260 a 265).

¹ Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 24 de Abril de 1897 decidiu que a concordata opera novação (Revista Mensal, vol. 5, pag. 445).

² A concordata não desonera os co-obrigados, dizem expressamente os Cods. Coms. Francez, art. 545; Belga, art. 541; Italiano, art. 792; Argentino, art. 1478; Lei Ingleza, 1883, Sc. 30, 4.º; Lei Allemã, § 178 in fine; Lei Austriaca, § 224; Lei Roumaica, art. 802; Lei Hungara, art. 199. A Lei Suissa segue um systema novo e muito interessante. Dispõe no art. 303: " L'e créancier qui n'a pas adhéré au concordat conserve tous ses droits contre les coobligés, cautions et garante du débiteur. Il en est de même de celui qui adhère, pourvu qu'il les ait informés, au moins dix jours à l'avance, du jour et du lieu de

563. Dissemos no n. 560 supra que a concordata, celebrada entre um dos socios da sociedade fallida e os credores desta, importa novação, e, se não ha declaração expressa, desonera os co-obrigados com a sociedade fallida.

Surge neste caso a figura juridica da novação porque se tracta da segunda hypothese do art. 438 do Cod. Com.: o socio concordatario fiel e unico responsavel pelo cumprimento dos termos da concordata; a sociedade fallida perde a sua razão de ser, desaparece da vida juridica; os outros socios são descarregados. Ha consequentemente um novo devedor, o socio concordatario, substituindo o antigo, a sociedade, ficando assim desobrigados os outros socios.

Eis a razão de ser da disposição do art. 76 § 1.º do Decr. n. 917, tão mal comprehendida por muitos.

Diz este § 1.º: *Salvo declaração expressa, uma vez aceita (a concordata por pagamento), desonera os co-obrigados com os fallidos e a estes em todo o caso.* Refere-se á concordata por pagamento proposta por um dos socios, materia que domina todo o art. 76. Assim mesmo não é applicavel ao caso em toda amplitude a doutrina do codigo sobre novação, pois que em vez da intervenção dos co-obrigados na novação (art. 438 *in fine*) contenta-se o Decr. n. 917 com a declaração expressa do credor de reservar os seus direitos contra os co-obrigados com os fallidos.

E' nesse artigo 76 do Decr. n. 917 que ainda agora se busca argumento para considerar a concordata como novação; entretanto esquecem os que assim pensam a especialidade dessa disposição, que de modo algum pode ser applicada á concordata formada por aquelles que exercem o commercio sob firma individual ou á concordata por abandono, que somente pode ser proposta por todos os socios solidarios.

l'assemblée, en leur offrant de leur céder ses droits contre paiement. Le créancier peut aussi, sans préjudice à son recours, les autoriser à assister eux mêmes aux délibérations et s'en remettre à leur décision".

— Cod. Com. Chileno, art. 1481: "La remision hecha al fallido en el convenio aprobado aprovecha tambien a sus codeudores o fiadores, sean solidarios, o subsidiarios, cuando el acreedor a cuyo favor está otorgada la fianza o la obligacion ha accedido expresamente al convenio".

ARTIGO II

Efeitos da concordata por abandono

Summario. — 564. Não interrompe a fallencia. — 565. Obrigação natural do devedor. — 566. Não produz novação nem exonera os co-obrigados.

564. A concordata por abandono não interrompe o processo da fallencia. Se é proposta e acceita na reunião ordinaria de credores (n.510), entra a fallencia no periodo de liquidação, formando-se o contracto de união (n. 588).¹ Se é proposta e acceita durante esse contracto (n. 511), nenhuma alteração se dá.

A consequencia mais importante que produz esta concordata é exonerar completamente o devedor, que fica livre dos efeitos commerciaes, civis e criminaes da fallencia.² Isto, porém, não quer dizer que o fallido esteja desobrigado de dar as informações que os syndicos exigirem em bem da liquidação da massa. E' um dever que lhe assiste.

565. Na concordata por abandono, a obrigação de o devedor completar aos credores o pagamento integral de seus credits tambem subsiste como natural.³

566. Quanto aos credores, esta forma de concordata não produz novação, nem exonera os co-obrigados com o fallido pelas mesmas razões expostas nos ns. 560 e 561.

¹ Decr. n. 917, art. 53, a.

² Decr. n. 917, art. 43.

³ LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com, vol. 7, pag. 504, nota 1.

SECÇÃO IV

Rescisão da concordata por pagamento ainda não cumprida

567. Aceita definitivamente a concordata, torna-se em principio irrevogavel. Casos, entretanto, existem nos quaes cabe a rescisão quando ella ainda não se acha inteiramente cumprida.

Depois de cumprida é facto consummado, salvo se para a sua formação foi viciado o consentimento dos credores. Neste caso não ha rescisão, mas uma forma especial de annullação, relativa ao credor que singularmente promover esta para exigir o pagamento integral da divida e seus juros (n. 586).

O systema adoptado pelo Decr. n. 917 sobre esse assumpto é originalissimo e não deve ser confundido com o adoptado por outras legislações, principalmente a franceza, cujos principios, os tribunaes, sem o devido exame e cautela, têm procurado introduzir em nosso direito.¹

ARTIGO I

Casos de rescisão

Summario. — 568. Há fé do concordatario. — 569. Culpa, negligencia, caso fortuito. — 570. Vicio do consentimento. — 571. Condemnação em fallencia fraudulenta. 572. Nova fallencia. — 573. A concordata não cumprida pode ser rescindida? Esboço

¹ O Trio. de Just. de S. Paulo, no Ac. de 27 de Março de 1896, fundado no commercialista francez BOISTEL, Droit Com., pag. 770, transplantou para a nossa lei de fallencias a distinção entre annullação e resolução da concordata. "Pronuncia-se a annullação, diz o accordam, por causas contemporaneas da concordata, em razão do vícios que a affectam desde a sua origem, *ex causa antiqua* e a resolução por factos posteriores á concordata, *ex causa nova*". Revista Mensal, vol. 3, pag. 82. E' insustentavel entre nos a doutrina deste accordam.

da questão. — 574. Continuação. A legislação comparada. — 575. Continuação. A jurisprudencia e a doutrina.

568. Tem lugar a rescisão da concordata por pagamento quando *ainda não cumprida*:

1º Se o concordatario procede de má fé.¹

A concordata, já dissemos no n. 532, deve ser o fructo da boa fé e em sua execução o devedor tem de mostrar que os seus desejos são honestos e licitos.

569. 2.º Se por culpa ou negligencia do concordatario, ou por caso fortuito, o activo da massa se deteriorar, de sorte que não possa elle satisfazer o accordo celebrado.²

Ha em qualquer destes casos impossibilidade manifesta do cumprimento da concordata, e para garantir direitos dos credores impõe-se o restabelecimento da fallencia. Incorre nas penas da fallencia culposa, salvo a fraude, caso em que serão applicadas as da fraudulenta, o concordatario que por negligencia, descuido ou algum outro acto de culpa concorrer para a deterioração da massa.³

570. 3.º Se o concordatario for em acção ordinaria, promovida por credor singular, condemnado ao pagamento integral da divida e seus juros por ter, com o fim de conseguir a concordata, occultado ou desviado bens, simulado passivo, feito conluio com algum ou alguns credores, ou por qualquer outro modo viciado o consentimento dos credores.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 48, a. Identica disposição no Cod. Com., art. 902 em referencia ao art. 849.

² Decr. n. 917, art. 48, b. Identica disposição no art. 902 em referencia ao art. 849.

³ Decr. n. 917, art. 80, n. V.

⁴ Decr. n. 917, art. 54. Esta disposição resente-se de grande contradicção.

571. 4.º Se o fallido for condemnado criminalmente em fallencia fraudulenta ou em crime a ella equiparado.¹ Não basta a simples pronuncia

572. 5.º Quando os novos credores não são pagos e requerem a fallencia do devedor.

Esta fallencia, que não pode ser negada aos que se constituírem credores durante a vigencia da concordata, não permite ao devedor satisfazer o accordo feito com os seus antigos credores; o caso está visivelmente comprehendido na disposição do art 48, b, do Decr. n. 917.

573. Cabe aqui examinar se a concordata não cumprida nos termos do accordo pode ser *rescindida*, ou melhor, resolvida?

Admittindo-se a concordata como um contracto bilateral de direito commum, e subentendendo-se nestes contractos a clausula resolutoria, não ha duvida que, dado o caso do não cumprimento do accordo nos termos propostos e acceitos, pode haver a *resolução*.

Mas, se considerarmos a concordata, em seu verdadeiro character, como um contracto *sui generis* dominado em sua constituição, execução e effeitos por formalidades differentes das dos outros contractos de direito commum, parece que não pode ser resolvida no caso de não cumprimento, salvo se a lei expressamente o houvesse disposto.

Concedido o direito de resolução, outra questão surgiria: a quem cabe exercel-o?

A' comissão fiscal? Não, porque o caso deixou de ser comprehendido na disposição do art. 48 do Decr. n. 917, e o art. 49 § unico limita as faculdades dessa cominissão.

¹ Decr. n. 917, art. 84, b. A Lei Hungara, art. 232, manda nesse caso abrir a fallencia *ex-officio*.

Aos credores singularmente? Também não, pois a concordata é um só contracto para *todos* os credores sujeitos aos seus effeitos; não ha um contracto *especial* para cada credor.

A *massa*, representada por credores titulares de tres-quartos no minimo da totalidade do passivo da fallencia, foi uma das partes concontractantes, e quando muito só ella, do mesmo modo constituida, teria o direito de promover a resolução. A massa, porém, já não existe, dissolveu-se (n. 545).

Ao fallido? Seria auctorisal-o a, em juizo, fundar um direito sobre a propria culpa, pois culpa é a infracção contractual.

574. Como se ve, a questão é delicadissima, e, confessamos francamente, difficil de proporcionar um partido seguro no campo abstracto da theoria.

As legislações apresentam quatro systeraas:

1.º Typo da lei franceza: não cumprida a concordata, qualquer credor sujeito a seus effeitos (nunca o devedor faltoso) pode pedir a resolução, sob o fundamento de que nos contractos synallagmaticos se subentende a clausula resolutoria para a caso de não execução da obrigação.¹

2.º Typo da lei allemã: a concordata não cumprida não se resolve.² O direito allemão considera a concordata antes um acto judicial

¹ Cod. Com. Francez, art. 520; LYON-CAEN & RENAULT, Taité de Droit Com., vol. 7, n. 639 e sega.; DALLOZ, Suppl. au Rep., verb. Fallite, n. 968. Seguem este systema os Cods. Belga (art. 523), Argentino (art. 1483), Chileno (art.1486) e a Lei Húngara (art. 226). .-

E' também o systema inglez, podendo, porém, a rescisão ser requerida pelo proprio fallido. O Bankruptcy Act, 1890, s. 3 (19) dispõe: "If default is made in payment, of any instalment due in pursuance of the composition or scheme, the Court may if it thinks fit, on application by the debtor bankruptcy, and annul the composition or scheme, bui without prejudice to the validity of any sale, disposition, or payment duly made, or thing duly done, under or in pursuance of the composition or scheme."

² Lei Allemã, § 181.

do que ura contracto. O rigor do systema vae ao ponto de ser nulla a clausula pela qual se estipulasse que a falta de pagamento das porcentagens importaria a rescisão.¹

3.º Typo da lei suissa: a falta de cumprimento não rescinde integralmente a concordata. Qualquer credor pode pedir a resolução relativamente a si.² E' um systema intermediario entre os dois radicaes acima expostos, e M. RUCHONNET, na commissão suissa do Conselho dos Estados, justificava-o nestes laconicos termos: "Não é conveniente que um só credor fique com a faculdade de romper a concordata em sua totalidade, pois poderia desagradar a outros credores que preferissem tolerar uma demora a annular o accordo."

4.º Typo da lei italiana: se o fallido não cumpre as clausulas concordatarias, a maioria dos credores, que tomaram parte na deliberação e ainda não integralmente pagos do que lhes fora promettido na concordata, pode pedir a resolução. A maioria dos credores deve ser a mesma exigida para a formação da concordata. Podem também um ou mais credores não pagos promover individualmente a resolução da concordata relativamente a elles. Neste caso os ditos credores exigirão do fallido o pagamento integral do principal e juros.³

575. O Decr. n. 917, no art. 128, auctorisa a abertura da fallencia quando a *concordata preventiva* não for cumprida em seus termos. Não será o caso do *quod lex voluit dixit, et quod noluit tacuit*? A barreira invencivel, que faz recuar os sustentadores da rescisão da concordata no caso de não cumprimento, é a seguinte: no regimen concordatario não é obrigatoria a distribuição regular e simultanea de

¹ FITTING, § 47, nota 13 e § 50, noja 1, apud THAILUER, Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, nota 1, pag. 278.

² Lei Suissa, art. 315.

³ Cod. Com. Italiano, art. 843, ao qual adheriu a Lei Roumaica, art. 853.

dividendos; o devedor, dentro do prazo concedido, pode pagar uns credores antes dos outros.

Como regular nessas condições os direitos de todos no caso do restabelecimento da fallencia? Obrigar os credores já pagos á restituição? Suprema injustiça; pois estes credores receberamop que lhes eral devido em virtude de um contracto solemne, judicialmente celebrado. Embolsaram-se de boa fé.

Retiral-os da massa da nova fallencia? Esta nova fallencia seria *continuação* da que fora suspensa pela concordata, e então onde ficaria a *par conditio creditorum*, embasamento do nosso instituto? A concordata mallograda teria, em summa, beneficiado uns e prejudicado outros credores.

A jurisprudencia dos nossos tribunaes, sempre inconsistente, nada fornece-nos sobre essa momentosa questão. Muitas e muitas fallencias têm sido reabertas pelo não cumprimento da concordata, sem protesto dos interessados. Não achamos nas collecções que possuímos nenhum aresto digno de referencia.

Entretanto, os nossos jurisconsultos não estão de pleno accordo.¹

O venerando CONS. FERREIRA VIANNA, com a sua proficiencia e auctoridade, emite o seu valioso parecer nestes termos:

“O art 47 do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890 dá á concordata cumprida o effeito de quitação e consequente reabilitação, salvo quanto á esta, se no juizo criminal houver sido condemnado o fallido.”

¹ Os pareceres que se vão lêr foram-nos gentilmente cedidos pelos seus auctores, a nosso pedido, em Dezembro de 1898.

D'onde se conclue que no caso de não cumprimento da concordata o fallido é devedor das quantias ou prestações convencionadas (art 44 § 1.º do cit. Decr.) e portanto sujeito á fallencia em que se resolve a concordata revogada por não cumprimento.

Na especie é preciso distinguir a *nullidade* da *resolução*, o que o Decreto citado não faz com a devida precisão juridica.

A *nullidade* suppõe um vicio radical no momento da formação da concordata: a má fé do devedor (art. 48 let a) e a fallencia fraudulenta (arts. 54, a e 84, b, do cit Decr.).

A resolução, pelo contrario, suppõe uma concordata isenta de vicio ; contemporaneo á sua formação: culpa do devedor ou caso fortuito (art 48, 6, do Decr. cit).

Nesta ultima disposição está consignada como causa de resolução a inexecução da concordata.

Ja se ve que na nossa legislação a concordata não é irrevogavel.

Qualquer dos credores pode requerer a revogação da concordata pão cumprida e o proseguimento da fallencia nos termos do art. 50 do cit. Decr.

Se para a declaração da fallencia é competente o credor individual pão vejo razão justificativa da exigência de maior numero para o proseguimento da fallencia.

O. art. 49 do Decr. cit. não exclue a competencia do credor individual; limita a acção da commissão a fiscalizar o cumprimento da concordata, o que exclue a idea de concordata não cumprida, competindo-lhe requerer a todo o tempo a rescisão. Esta rescisão refere-se á let b do art. 48, hypothese muito distincta da annullação e da concordata não cumprida.

Para se verificar o caso de, por culpa ou negligencia do devedor ou por caso fortuito, se deteriorar o activo, de sorte que não possa satisfazer o accordo celebrado, é evidente a conveniencia da nomeação judicial da commissão. No caso, porém, de não ser cumprida a concordata a commissão fiscalisadora é inteiramente inutil.

O DR. PEDRO LESSA, erudito professor da Faculdade de Direito de 18. Paulo, colloca-se em campo opposto.

Eis o seu douto parecer :

"JITTA abre o seu livro intitulado *La Codification du Droit International de la Faillite* com um trecho no qual accentua entre todas as legislações um accordo notavel quanto ao fim social da fallencia, e *divergencias profundas* no que diz respeito aos meios applicaveis e effectivamente applicados para a consecução desse fim."

A questão de saber se a concordata não cumprida pode ser resolvida é uma das em que se manifestam as divergencias alludidas (THALLER, Des Faillites en Droit Compare, vol. 2.º, n. 917; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Commercial, vol. 7.º, pag. 524, nota 1.º).

Isto posto, não é extranhavel que o legislador patrio promulgasse regras sobre o assumpto que não são reproducções, nem sequer approximações, dos systemas estrangeiros.

Ora, a forma porque se pode *destruir* (deixem passar a expressão, que é de THALLER) uma concordata entre nós é a consignada nos arts. 48, 49 e 127 do Decr. n. 917, de 24 de Outubro de 1890.

A concordata *rescinde-se*. O legislador só permite a rescisão, só fala em *rescisão*, e nos casos e pela forma (art 49 § único) que pré-estabelece. Devemos admittir uma outra figura juridica sob a qual se represente a extincção de uma concordata?

Penso que não. Não se póde reputar a concordata um contracto commum, identico sob este aspecto aos que são resoluveis pelo não adimplemento das clausulas que encerram.

Bastavam a submissão de uma parte dos credores á vontade da maioria legal e a homologação pelo juiz para imprimir á concordata o character de contracto *sui generis*. Por caminhos varios todas as legislações chegam á essa conclusão. A allemã exclue a resolução da concordata. As outras estabelecem regras especiaes para a resolução, o que bem demonstra terem reconhecido que os preceitos de direito commum não eram rigorosamente applicaveis, ou, pelo menos, suficientes.

O nosso legislador, que se afastou tão originalmente dos legisladores estrangeiros quanto á annullação da concordata, bem podia proceder do mesmo modo quanto á resolução. E que o fez me parece certo. No art. 48, letras a e b, elle resumiu todos os casos de destruição da concordata.

A má fé do devedor, má fé que se pode manifestar por uma infinidade de expedientes, e a deterioração do activo por culpa e até por caso fortuito, exgottam no nosso systema as hypotheses em que uma concordata pode ser declarada sem effeito.

Em materia de tanta monta, em que se envolvera tão graves interesses de ordem publica, dever-se-á considerar facultado o emprego de alvitres e recursos não consignados em lei, livre o campo da actividade dos interessados? Parece que fora injuridico, incivil, não curial.

Minha opinião, pois, o que a lei deve ser applicada tal como soam os seus termos, ou, por outras palavras, que só temos a rescisão da concordata nos casos dos arts. 48, 49 e 127."

ARTIGO II

Quem pode requerer a rescisão e seu rito processual

Summario. — 576. A cotnmissão fiscal. — 577. Os credores. — 578. *Quid* relativamente ao concordatario? — 579. Processo da rescisão.

576. A rescisão da concordata poderá ser promovida a requerimento da commissão fiscal (n. 502).¹

577. Os credores sujeitos aos efeitos da concordata podem promover a sua rescisão? Parece que sim, em qualquer dos casos em que a rescisão possa ser requerida pela commissão fiscal. Não ha razão para se tirar esse direito aos credores singulares.

578. E o concordatario, quando se deteriorar a massa por caso fortuito de sorte que não possa elle satisfazer o accordo, pode promover rescisão? Parece-nos que não. Só os credores e a comraissão fiscal têm a faculdade de requerer a rescisão da concordata nos casos expressos em lei.

579. O processo da rescisão é simplissimo: da petição em que for requerida terá vista, por quarenta e oito horas, para nella responder, o concordatario, e com a resposta o juiz julgará, dando agravo para o superior competente.²

ARTIGO III

Efeitos da rescisão

Summario. — 580. Rescindida a concordata a fallencia prosegue, íornmndo-

¹ Decr. n. 917, art. 49, § unico.

² Decr. n. 917, art. 50.

sc de novo a massa. — 681. Responsabilidade do fallido. — 582. Drnts series de credores. — 583. Direito dos credores da segunda serie. — 584. Como são pagos. — 585. Dividendos distribuidos.

580. Rescindida a concordata volta tudo ao antigo estado; re-surge a fallencia, que proseguirá nos termos da liquidação do activo e passivo. Forma-se de novo a massa dos credores, e recebem, os bens existentes em poder do fallido os syndicos que funccionavam por ocasião da formação da concordata. Se, pois, a concordata foi acceita antes do contracto de união de credores, estes devem ser convocados para formal-o, elegendo os syndicos definitivos e a comissão fiscal.

581. Para o effeito da responsabilidade do fallido este é considerado depositario dos bens da massa, com poderes de administração e disposição,¹ devendo, nessa qualidade, prestar contas aos syndicos.

582. O passivo da fallencia, que apparecer em consequencia da rescisão da concordata, comporse-á de duas series de credores:

1.º serie) os credores da fallencia pelo que lhes for devido do principal primitivo, ficando assim rotas todas as clausulas da concordata;

2º serie) os credores que contractaram com o fallido durante o regimien coneordatario.²

583. Para esses credores da 2.º serie a concordata é *res inter alios acta*; não se pode dizer que para elles a fallencia prosegue, pois para elles só agora é declarada.

¹ Decr. n. 917, art. 44, § 2.

² Decr. n. 917, art. 50, pr.

Afim de garantir seus direitos, permite o Decr. n. 917 que é ponham á disposição dos credores da 1.º serie a somma necessaria pagamento da concordata para excluill-os do concurso.¹

584. Se não preferem esse meio, serão pagos pelo produto dos bens adquiridos a titulo oneroso durante o regimen coneordatario com recursos extranhos aos bens da massa, concorrendo com os credores da 1.º serie nos demais bens.²

Fora desse caso, os credores chirographarios de ambas as series serão tractados em pé de egualdade.³

585. Os dividendos pagos pelo concordatario não serão restituídos a massa pelos credores, salvo, bem entendido, no caso de fraude.

SECÇÃO V

Annullação especial da concordata por pagamento ou por abandono

Summario. — 586. Casos desta annullação. — 587. Acção do credor singular.

586. Não temos a annullação da concordata como entendem a lei franceza e outras, mas uma annullação especial, relativa ao credor que singularmente a invocar para destruir quanto a si os effeitos correntes do convenio judicialmente celebrado entre a massa e o devedor (n. 567).

¹ Decr. n. 917, art. 56, § 3.

² Decr. n. 917, art. 56, § 1.

³ Decr. n. 917, art. 56, § 2.

O Decr. n. 917, no art. 54, dá ao credor o direito de promover essa anulação e exigir o *pagamento integral da divida* e seus juros, quando o devedor para a obtenção da concordata tiver:

- a) occultado ou desviado bens;
- b) simulado passivo;
- c) feito conluio com algum ou alguns credores; ou

d) viciado por qualquer outro modo o consentimento dos credores. Se a concordata por pagamento não estiver ainda cumprida, será rescindida. Vide n. 570.

587. O credor deve exigir o pagamento por meio de acção ordinaria, que poderá propor a todo o tempo,¹ bem entendido, sem prejuizo da prescrição ordinaria.

FIM DO 1.º VOLUME

¹ Decr. n. 917, art. 54.

DAS FALLENCIAS

E

DOS MEIOS PREVENTIVOS DE SUA DECLARAÇÃO

DECR. N. 917, DE 24 DE OUTUBRO DE 1890

ESTUDO THEORICO-PRATICO

POR

José Xavier Carvalho de Mendonça
Advogado em Santos

VOLUME II



SÃO PAULO
TYPOGRAPHIA BRAZIL DE CARLOS GERKE & CIA.
80 – Rua de São Bento – 80
1899

DAS FALLENCIAS

E

DOS MEIOS PREVENTIVOS DE SUA DECLARAÇÃO

VOLUME II

INDICE GERAL

DO 2º VOLUME

CAPITULO VI

Pag.

Do Período de Liquidação da Fallencia (Contracto de União) 11

Secção I. Pessoal que figura no período de liquidação..... 13

Artigo I. O juiz 13

Artigo II. Os syndicos definitivos 14

Artigo III. A commissão fiscal..... 21

Artigo IV. Os credores e o fallido 24

Secção II. Administração e representação jurídica da massa..... 25

Secção III. Liquidação do activo da fallencia..... 29

Secção IV. Liquidação do passivo da fallencia 38

Artigo I. Verificação definitiva e classificação dos créditos 39

Artigo II. Distribuição do producto do activo entre os credores..... 50

Secção V. Encerramento da fallencia 54

CAPITULO VII

Das Differentes Espécies de Credores e seus Direitos 57

Secção I. Credores da massa 58

Secção II. Credores reivindicantes. (Da reivindicação na fallencia) 62



Artigo I. Diversos casos de reivindicação	68
§ 1.º O dono de coisa adquirida pelo fallido de quem não era o proprietário	69
§ 2.º O dono de coisa em poder do fallido por titulo de deposito, penhor, antichrese, administração, arrendamento, commodato, usufructo, uso e habitação	71
§ 3.º Os donos de mercadoria em commissão de compra ou venda, transito ou entrega.....	75
§ 4.º O dono de coisa, embora fungível, em poder do fallido por effeito de mandato, inclusive dinheiro, effeitos de commercio ou títulos a elles equiparados, endossados sem transferencia de propriedade, ainda não pagos ou em poder de terceiro em nome do fallido na epocha da fallencia.....	79
§ 5.º O dono de coisa furtada, roubada, extorquida ou obtida por falsidade, estellionato ou outras fraudes	83
§ 6.º O dono de títulos ao portador, que forem perdidos, furtados, roubados, extorquidos ou obtidos por falsidade, estellionato ou outras fraudes, se o fallido for quem os achou ou obteve por esses meios ou os recebeu, sabendo a origem viciosa da posse	83
§ 7.º O vendedor de bens immoveis, embora feita a tradição, ainda não pago do preço da venda, salvo se o tiver creditado ao comprador ...	84
§ 8.º O vendedor depois da entrega da coisa vendida a credito, se reservou a propriedade até ao pagamento ou se á venda a credito foi induzido por dolo do comprador. O vendedor de coisa expedida ao fallido, se a este não foi entregue o conhecimento antes de declarada a fallencia	85
Parte primeira. Direitos do vendedor não pago	86

A. 1ª situação. As mercadorias vendidas estão ainda em poder do vendedor	89
B. 2ª situação. As mercadorias foram expedidas ao comprador, mas ainda se acabam em viagem	91
C. 3ª situação. As mercadorias acham-se entregues ao comprador, quando é declarada a fallencia deste.....	96
Parte segunda. Direitos do comprador na fallencia do vendedor	101
§ 9.º A mulher casada pelos bens sobre os quaes tem exclusiva propriedade.....	103
§ 10.º Os filhos menores, legítimos, legitimados ou reconhecidos pelos bens castrenses, quasi castrenses e adventícios	105
§ 11.º Os tutelados e curatellados pelos bens que lhes pertencerem; e quanto ás cousas adquiridas pelo tutor ou curador em seu próprio nome com bens ou producto de bens dos mesmos tutelados ou curatellados.....	105
§ 12.º Os herdeiros e legatários pelos bens da herança ou legado	107
§ 13.º Os que tiverem feito remessas para um fim determinado	107
Artigo II. Efeitos da reivindicação	108
Artigo III. Rito processual da reivindicação.....	110
§ 1.º Os embargos de terceiro senhor e possuidor	112
§ 2.º A reclamação reivindicatória	116
§ 3.º A acção reivindicatória	117
Secção III. Credores separatistas	117
Secção IV. Credores privilegiados	120

Artigo I. Privilégios geraes	122
Artigo II. Privilégios particulares	125
§ 1. Credores pignoratícios	125
§ 2.º Credores antichresistas	128
§ 3.º Credores com direito de retenção (Theoria do direito de retenção)	128
A. Conceito do direito de retenção	130
B. Caracteres do direito de retenção	136
C. Causas geradoras do direito de retenção.....	139
D. Direito de retenção legal	139
E. Direito de retenção tácito.....	142
F. Realização do direito de retenção	145
G. O direito de retenção e o direito de penhor. Analogia e diferença ...	147
H. O direito de retenção e a compensação. Affinidade e diferença.....	148
§ 4.º Credores de alugueis de prédios urbanos e de renda ou foro de prédios rústicos (Locadores e sublocadores).....	149
§ 5.º Carregadores	151
§ 6.º Privilégios particulares ao direito marítimo	151
Secção V. Credores hypothecarios	153
Secção VI. Credores chirographarios	156
Secção VII. Credores garantidos por fianças e por obrigações solidárias	157
Artigo I. Credores garantidos por fianças	157

Artigo II. Co-obrigados solidários.....	158
-----------------------------------------	-----

CAPITULO VIII

Da Fallencia das Sociedades Commerciaes	164
------------------------------------------------------	------------

Secção I. Efeitos da fallencia da sociedade quanto aos sócios	167
---------------------------------------------------------------------	-----

Artigo I. Quanto aos sócios pessoal e solidariamente responsáveis	167
-------------------------------------------------------------------------	-----

Artigo II. Quanto aos sócios de responsabilidade limitada.....	177
----------------------------------------------------------------	-----

Secção II. Efeitos da fallencia da sociedade quanto aos credores e aos patrimonios della e dos sócios.....	181
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Secção III. Concordata na fallencia da sociedade	186
--------------------------------------------------------	-----

CAPITULO IX

Da Reabilitação	191
------------------------------	------------

PARTE SEGUNDA

Dos meios preventivos da declaração de fallencia

INTRODUCCÃO

Considerações Geraes	198
----------------------------	-----

CAPITULO I

Da Moratória	210
---------------------------	------------

Secção I. Synthese histórica do instituto da moratória. Seu conceito ...	210
--------------------------------------------------------------------------	-----

Secção II. Condições existenciaes da moratória	217
------------------------------------------------------	-----

Secção III. Rito processual da moratória.....	222
Secção IV. Embargos á moratória	233
Secção V. Efeitos da homologação da moratória	234
Artigo I. Quanto ao devedor.....	235
Artigo II. Quanto aos credores	236
Artigo III Quanto á sociedade e aos sócios no caso de moratória concedida á sociedade	240
Secção VI. Prorogação da moratória.....	242
Secção VII. Commissão fiscal e rescisão da moratória	243
Secção VIII. Pagamento integral aos credores. Expiração do prazo	244

CAPITULO II

Da Concordata Preventiva.....	249
Secção I. Conceito e natureza da concordata preventiva; suas vantagens	249
Secção II. A concordata preventiva formada judicialmente	252
Secção III. A concordata preventiva formada extra-judicialmente	257
Secção IV. Efeitos jurídicos da concordata preventiva	261
Artigo I. Efeitos relativos ao concordatário	261
Artigo II. Efeitos relativos aos credores	263
Artigo III. Efeitos relativos aos sócios, quando a concordataria é sociedade mercantil.....	264
Secção V. Rescisão e resolução da concordata preventiva	265

CAPITULO III

Da Cessão de Bens 268

Secção I. Synthese histórica da cessão de bens. Systema do Decr. n. 917268

Secção II. Conceito e condições fundamentaes da cessão de bens 271

Secção III. Rito processual da cessão de bens 276

Secção IV. Efeitos da cessão de bens 281

Artigo I. Relativamente ao devedor 281

Artigo II. Relativamente aos credores..... 282

Artigo III. Relativamente á sociedade e aos sócios 283

PARTE TERCEIRA

Da qualificação da fallencia. Matéria penal em relação á fallencia e aos meios de prevenir a sua declaração

Considerações Geraes 284

Secção I. Qualificação da fallencia 284

Artigo I. Tríplice qualificação da fallencia 290

§ 1.º Fallencia casual 292

§ 2.º Fallencia culposa 292

§ 3.º Fallencia fraudulenta..... 295

Artigo II. Rito processual da qualificação da fallencia 301



Secção II. Julgamento dos crimes de fallencia culposa ou fraudulenta	306
Secção III. Actos do devedor equiparados á fallencia culposa ou fraudulenta para os effeitos da penalidade	310
Secção IV. Crimes commettidos pelo devedor por occasião dos meios preventivos da declaração da fallencia.....	312
Secção V. Crimes de outras pessoas que não os devedores, por occasião da fallencia e dos meios preventivos de sua declaração	313
Secção VI. Processo e julgamento dos crimes equiparados á fallencia culposa e fraudulenta e dos commettidos por outros que não o devedor	315
Secção VII. Effeitos da sentença condemnatoria em fallencia fraudulenta ou em crime a ella equiparado	316
Secção VIII. Crimes de pessoal que intervém na fallencia	317
Bibliographia	318
Indice-Alphabetico	328

Capitulo VI

Do periodo de liquidação da fallencia

(Contracto da União)

Summario. — 588. Formação do contracto de união. — 589. Seu escopo — 590. Censura ao Decr. n. 917.

588. A fallencia entra na sua segunda phase no periodo de liquidação formando os credores o que o Decr. n. 917 chama contracto de união (n. 27).

O *contracto de união* constitue-se, de pleno direito, nos seguintes casos:

- a) quando o fallido não apresenta proposta de concordata;¹
- b) quando é rejeitada a proposta de concordata por pagamento;²
- c) quando é acceita a concordata por abandono;³
- d) quando não ha numero para votar a proposta de concordata apresentada na primeira reunião dos credores.⁴

589. O contracto de união dos credores tem por fim a liquidação do activo e passivo da casa fallida, e dura até que seja apurado e realiado todo o activo e distribuido o producto pelos credores, salvo o

¹ Decr. n. 917, art. 58

² Decr. n. 917, art. 58

³ Decr. n. 917, art. 52, a.

⁴ Decr. n. 917, art. 58.

caso possivel de cessar a fallencia em virtude da acceitação de concordata por pagamento durante o regimen unionista (ns. 511 e 545).

590. Não ha razões que justifiquem essa denominação de contracto de união que o Decr. n. 917, seguindo as idéas atrasadas do nossoCodigo Commercial, art. 855, empresta ao segundo e ultimo periodo da fallencia. Unidos pelos laços do interesse, apenas congregados pela força das circumstancias, acham-se os credores desde que é declarada aberta a fallencia do devedor commum; nenhum contracto existe entre elles, que tanto depois, como antes da união, continuam a formar a massa, — uma simples communhão de interesses, consequencia de uma confiança illudida, acto obrigatorio, submettido a condições e formas prescriptas pela lei, com o fim não de lucrar, mas de evitar mal maior (n. 192).

As legislações modernas têm banido a expressão contracto de união, usada pelos antigos codigos francez, belga e portuguez, donde foi transplantada para o nosso. Se era toleravel nas velhas legislações que antes de tudo visavam a solução da fallencia pela acceitação de uma concordata, hoje aquella expressão é incongruente, absurda mesmo, quando a concordata é reconhecida como o meio mais facil de fazer cessar o estado anormal da fallencia com o menor sacrificio possivel dos interessados, em qualquer estado da liquidação; quando a proposta de concordata de elemento necessario, se tornou um simples incidente da fallencia (n. 511) e até remedio preventivo de sua declaração; quando nas duas phases do processo da fallencia (periodo de instrucção e periodo de liquidação) é a mesma a condição juridica dos credores sobre os bens do devedor; quando finalmente o segundo periodo não é mais do que a continuação do primeiro.

SECÇÃO I

Pessoal que figura no periodo de liquidação

591. No periodo de liquidação intervêm no processo da fallencia: o juiz, os syndicos definitivos, a commissão fiscal, os credores e o fallido, salvo quanto a este se fez concordata por abandono.

O curador fiscal, que no período de informação desempenha importante papel, não mais apparece no processo commercial; a sua actividade passa a ser exercida no processo criminal contra o fallido, seus cumplices e mais pessoas culpadas em relação á fallencia.

ARTIGO I

O Juiz

Summario. — 592. O juiz da fallencia continua a exercer as suas funções. — 593. Fiscalisação sobre os syndicos e commissão fiscal.

592. O juiz que declarou a fallencia continua a exercer as suas funções durante o periodo de liquidação nos mesmos tremos já expostos no n. 404. Resolve as divergencias que a respeito do modo da liquidação do activo surgirem entre os syndicos e a commissao fiscal¹ auctorisa qualquer modo de realisação do activo não expressamente permittido pela lei,² julga a verificação definitiva, e a classificação dos creditos,³ toma as contas dos syndicos,⁴ julga, emfim, todas a acções intentadas contra a massa.⁵

¹ Decr. n. 917, art. 60 § 1.

² Decr. n. 917, art. 60 § 2.

³ Decr. n. 917, art. 62.

⁴ Decr. n. 917, art. 64.

⁵ Decr. n. 917, art. 35 § 1, a.

593. O juiz exerce activa fiscalisação sobre os syndicos e commissão fiscal; compete-lhe chama-los ao cumprimento do dever, evitar procrastinações escandalosas da liquidação e velar pela execução fiel da lei. Para esse fim o Decr. n. 917 arma o juiz da eminente faculdade de destituir *ex-officio* os syndicos e os membros da commissao fiscal.¹

ARTIGO II

Os syndicos definitivos

Summario. — 594. Os syndicos definitivos são administradores e liquidantes.— 595. Onde podem ser recrutados; seu numero. — 596. Forma da sua eleição. — 597. Continuação. — 598. São depositarios. — 599. Resignação, renuncia, morte ou fallencia de qualquer syndico. — 600. Desempenham pessoalmente os cargos, e são solidariamente responsaveis. — 601. São fiscalizados pela commissao fiscal e pelo juiz. — 602. Destituição. — 603. fallido pode requerer a destituição? - 604. Substituição provisoria. — 605. Causas da destituição. — 606. Recursos. — 607. Perda da commissao. — 608. Prestação de contas. — 609. Remuneração.

¹ Decr. a. 917, art. 65 § 1.

594. Os *syndicos definitivos*, ou da *união*, são mandatarios eleitos pelos credores para administrar a massa e especialmente para operar a liquidação da casa fallida. São administradores e liquidantes.¹

Elles succedem aos provisorios e destes se distinguem pela forma da nomeação, pelas funcções que lhes cabe exercitar, pela extensão de poderes e pelo tempo de duração do mandato.

Na segunda phase da fallencia ninguém apparece com mais importantes attribuições nem com tanta responsabilidade; o bom exito da liquidação depende quasi exclusivamente da celeridade, inteliigencia, honestidade e consciencia dos syndicos.

Procurae saber quem são os syndicos de uma fallencia: conheceireis iramediatarente o bom ou o mau êxito provavel da liquidação.

595. No n. 412 já falámos do grave problema da nomeação dos syndicos da fallencia e da investidura de seus poderes.

A esse respeito nada mais temos a accrescentar. Aqui o nosso estudo se limitará ao desenvolvimento do systema legal.

Os syndicos definitivos podem ser nomeados entre os credores ou entre pessoas alheias á massa, e o seu numero deve ser pelo menos de dois.²

Não andou bem avisado o Decr. n. 917 impondo aos credores a eleição de mais de um syndico. Um só imprimiria muitas vezes á administração e ao processo da fallencia, especialmente nas de pequeno

¹ Cod. Com. Chileno, art. 1414: "Los sindicos son mandatarios jenerales de los aereedores, i como tales los representan activa i pasivamente en juicio i fuera de él, administran los bienes concursados i liquidan la quiebra, conforme a las regras que establece. este código".

² Decr. n. 917, art. 58.

valor, a unidade de acção tão necessaria para a prompta liquidação do activo e passivo.¹

596. A eleição dos syndicos deve ser feita por votação nominal, que represente mais de metade do valor do passivo. Vide n. 597.

Não havendo quem reuna votos representativos da maioria absoluta do valor do passivo, procede-se a segundo escrutinio, onde prevalecerá la maioria relativa,² isto é, os que reunirem em votos as maiores parcellas do passivo serão os eleitos.³

O passivo sobre o qual tem de ser calculada a maioria é o demonstrado na verificação provisoria dos creditos (n. 482). passivo presumido, sujeito a ulterior exame e revisão.

¹ Vide nota 4, pag. 277 do 1. vol. O Cod. Com. permittia nomear de um até três administradores (art. 856). As legislações estrangeiras variam quanto ao numero, mas tende a prevalecer a unidade. Leis Allemã, § 70, Austriaca, § 74 e os Cods. Coms. Ital., art. 714; Francez, art. 462; Belga, art. 450, Lei Ingleza, art. 84. Vide THALLER, *Des Faillites en Droit Compare*, vol. 2, n. 160.

² Decr. n. 917, art. 58, § unico. Na vigencia do Cod. essa eleição era feita por maioria numerica dos credores e dava-se muitas vezes um facto singular: a maioria dos credores em quantidade de dividas requeria, sem causa justificada, com fundamento no art. 858, a destituição dos administradores. Abria-se um conflicto entre estas duas maiorias: A numerica sustentava a nomeação, e a consequencia era ficar a massasem administração. Para remediar esse inconveniente publicou-se o Decr. n. 1368 de 18 de Abril de 1854 que declarou, no art. 2, não ser licito aos credores presentes nomearem os administradores que fossem destituídos. Este Decr. foi expedido na conformidade de Imperial Resolução de 1-º de Abril daquelle anno tomada sobre consulta da Secção de Justiça do Conselho de Estado, que merece ser lida e se encontra em CAROATÁ, *Imperiaes Resoluções*, vol. 1, pag. 428.

³ "Tractando-se de eleição, disse o juiz de direito de 1.º vara. da capital de S. Paulo num despacho proferido na fallencia de Figueirôa Cunha & C, a exigencia feita no texto da lei, quanto ao facto de representarem os credores eleitos mais de metade do valor do passivo, impõe-se apenas como *requisito de habilitação prévia* para os mesmos credores poderem se reunir, afim de constituírem o contracto de união. Assim é que, depois de verificada esta habilitação pela lista da chamada e constatação do balanço organizado pelos syndicos provisórios, procede-se á eleição por votação nominal dos credores, sendo proclamados eleitos os que tiverem maioria absoluta de votos. O Trib. de Just. do mesmo Estado, em Ac. de 20 de Novembro de 1897, proferindo agravo interposto com fundamento no art. 669, § 15 do Regul. n. 737, reformou esta decisão, que incontestavelmente feria a letra e o espirito do art. 58 do Decr. n. 917 (Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 16, pagina. 215—224).

Era outro o systema adoptado pelo Cod. Com. na nomeação dos administradores, que equivalem aos syndicos definitivos do Decr. n. 917. Alli prevalecia a maioria de votos dos credores presentes (art. 856).

Defeituosa é, pois, a nomeação dos syndicos definitivos, mesmo com o tardio remedio da faculdade do art 65 pr. do Decr. a. 917, o qual não offerece a devida garantia.

597. Para a eleição dos syndicos definitivos devem ser computados no valor do passivo os credores privilegiados e hypothecarios: pois não se tracta de deliberar sobre sacrificios, mas sobre medidas tendentes á boa administração da massa e á liquidação, o que interessa a todos os credores da fallencia, sem distincção.

598. Os syndicos, uma vez eleitos, assumem a administração da massa e o seu primeiro acto é proceder ás diligencias necessarias para a prompta arrecadação dos livros, documentos, papeis, effeitos e bens pertencentes á fallencia, que existirem, em poder dos syndicos provisorios ou de qualquer pessoa. Apparece assim um outro character dos syndicos, o de *depositarios* dos bens da casa fallida.

A lei não exige nenhuma formalidade para que elles entrem no exercicio de suas funcções. A acta da reunião serve-lhes de titulo de nomeação.

599. Se não acceitarem a nomeação, se renunciarem, morrerem ou fallirem durante a liquidação, o juiz deve designar interinamente um credor que bem possa servir o cargo,¹ e convocar nova reunião para a nomeação definitiva.²

600. Devem os syndicoa definitivos desempenhar pessoalmente as suas funcções, como commandatarios que são, cabendo aqui todas considerações já feitas no n. 416.

¹ O juiz deve nomear credores do fallido, sendo conhecidos ou seus procuradores; só na falta pode nomear extranhos. Decr. n. 917, art. 147 § unico.

² O Decr. n. 917 não tracta do caso de não acceitação, renuncia, ou morte dos syndicos. Deve, porém, se lhes applicar por identidade de razão a medida do art. 65 4. No caso de renuncia não deve o syndico abandonar o cargo sem a nomeação do substituto, e tem de prestar contas; perde o direito á commissão.

Obram elles collectivaraente, e, nessa conformidade, a sua responsabilidade é solidaria.¹ Esta responsabilidade é a mesma do mandato ordinario definida no art. 162 do Cod. Com. Para os efeitos das penalidade são os syndicos equiparados aos empregados publicos.²

601. Na administração da massa e liquidação do activo e passivo da falencia, os syndicos definitivos são fiscalizados pela comissão fiscal e pelo juiz.

602. Poderão os syndicos ser destituídos:

a) sem causa allegada: a requerimento de credores representando a maioria dos creditos;³

b) em virtude de causa justificada:

1.º *ex-officio* pelo juiz;

2.º a requerimento de qualquer credor;

3.º a requerimento da comissão fiscal.⁴

603. O fallido pode requerer a destituição dos syndicos e dos membros da comissão fiscal allegando justa causa? O texto do art. 65 §

¹ O Decr. n. 917 nada diz a esse respeito, mas isso decorre dos principios fundamentaes do mandato. DOMAT, L. 1, tit. 15, sec. 13, n. 13, pag. 157; L. 60 § 2 Dig. 17, 1. O art. 856 do Cod. Com. estabelecia claramente essa solidariedade. O Cod. Com. Chileno dispõe no art. 1431: "Caso que haya dos o mas sindicos, éstos obrarán de consuno, responderán solidariamente hasta de la culpa leve que cometan en el desempeño de su cargo."

² Decr. n. 917, art. 85.

³ Decr. n. 917, art. 65 pr. Identica disposição no art. 958 do Cod. Com., em cuja justificação dizia a Secção de Justiça do Conselho do Estado em Consulta de 13 de Março de 1854 (Resol. de 1.º de Abril de 1854): A maioria dos credores em quantidade de dividas vem aqui para dispensar a allegação de causa justificada. Pode essa maioria perder a confiança nos administradores, por suspeitos e por motivos que não seja possível sujeitar ao rigor de provas. E' essa mais uma garantia que o código dá aos credores, limitando-a sabidamente ao caso de haver uma maioria em quantidade de dividas. Mas para essa demissão não é indispensavel, dando-se causa justificada, que exista aquella maioria. CAROATÁ, *Imperiaes Resoluções*, vol. 1, pag. 430.

⁴ Decr. n. 917, art. 65 § 1. Cod. Com. art. 858.

1 do Decr. n. 917 parece privar-o desta faculdade, mas como se lhe negar o direito de fiscalisar a liquidação dos seus bens, da qual depende a sua liberação? A falencia e a consequente privação da administração dos bens não o ferem de tal incapacidade que o obriguem a ficar espectador passivo das irregularidades commettidas naquella liquidação (n. 239).¹

O juiz deve attender ao fallido, e, devidamente informado, destituir *ex-officio* os syndicos em culpa.

604. O juiz nomea provisoriamente o substituto do syndico ou syndicos destituídos, e deve logo convocar os credores para se reunirem em dia, hora e logar designados afim de elegerem definitivamente quem exerça o cargo. A convocação se fará pelo modo explicado no ns. 467 e segs., e a eleição na forma dos ns. 470 e segs. tanto quanto lhe sejam applicaveis.

Os credores podem tamedém fazer a nomeação por declaração escripta de voto por elles assignada e devidamente authenticada.²

605. O Decr. n. 917 não diz quaes as causas que podem auctorisar a destituição; deixou essa apreciação ao arbitrio do juiz que, em todo o caso, não deve tomar deliberação sem ouvir, em breve prazo, os syndicos. A má administração resultante do abandono e da negligencia, as malversações, fraudes, abusos de poder, favores a uns credores em prejuizo de outros, constituem justissimas causas de destituição.

606. Do despacho que decreta ou não a destituição cabe agravo de instrumento.³

607. A destituição importa a perda do direito á remuneração.¹

¹ PARDESSUS, Cours de Droit Com., vol. 3, n. 1166.

² Decr. n. 917, art. 65, § 4.

³ Decr. n. 917, art. 65, § 2. A jurisprudencia antiga não admittia agravo do despacho de destituição por faltar texto positivo que o facultasse. Vide ORLANDO, COD. Com., nota 1343.

608. Como mandatarios, os syndicos definitivos são obrigados a prestar contas, logo que se finde a liquidação,² ou mais exactamente, ao encerrar-se a fallencia.

As contas são tomadas pelo juiz³ e o processo é o mesmo da prestação de contas dos syndicos provisorios, com audiencia do fallido e da commissao fiscal, e com o recurso de agravo;⁴ Vide n. 420. Prestadas as contas finaes, têm os syndicos definitivos terminado as suas funções; desaparece *ispo facto* a massa, e cessa o processo da fallencia (n. 674).

609. Os syndicos definitivos têm, como os provisorios, direito a uma remuneração pelo seu trabalho.⁵ O mandato mercantil é sempre remunerado (Cod. Com. art. 54).

O Decr. n. 917 marca-lhes, a commissao de dois a cinco por cento calculada sobre a importancia das quantias que apurarem, não só dos bens como das dividas que cobrarem ou sobre que transigirem.⁶ O juiz é quem a arbitra.

¹ Decr. n. 917, art. 65, § 3.

² Decr. n. 917, art. 64.

³ O cod. Com., art. 868, mandava o juiz convocar os credores para assistirem a prestação de contas dos administradores. MACEDO SOARES, Reflexões, n' O Direito, vol. 51, pag. 342: "Não vejo necessidade de se convocarem os credores para esse acto. E os factos o provam; pois é rarissimo que elles compareçam para esse fim, e as contas são approvadas pelo juiz á revelia dos interessados. Basto annunciar por editaes que as contas estão em cartorio, para serem examinadas por quem quizer, dando-se aos credores direito de impugnal-as em 5 dias, contados da publicação dos editaes. sob pena de revelia". Foram essas as razões que actuaram no espirito do auctor do Decr. n. 917 para afaster-se do syste ma do Cod. Com. Infelizmente não foi altendida a ultima parte e não se deu directamente aos credores singulares o direito da intervirem no processo da prestação de contas. Não ha motivo, porém, que os vede de intervirm espontaneamente neste processo (vide ns. 202 e 203).

⁴ Decr. n. 917, art. 64 em referencia ao art. 52.

⁵ Decr. n. 917, art. 148.

⁶ Decr. n. 917, art. 148 e edital do extincto Tribunal do Commercio, de 5 de Setembro de 1855. A legislação comparada offerece 3 systemias; 1,º o juiz arbitra livremente a remuneração dos syndicos ou em uma quantia fixada ou em uma porcentagem sobre os

E' depois de finda a liquidação que se fixa essa commissao, mas nenhum inconveniente haveria em o juiz arbitrar uma commissao provisoria para ser paga durante o processo da fallencia.¹

ARTIGO III

A comissão fiscal

Summario. — 610. Comissão fiscal, sua eleição e funcções. — 611. Apreciação ibre essa instituição. — 612. Attribuições. — 613. Remuneração.

610. Ao lado dos syndicos definitivos colloca a lei uma commissão fiscal, arremedo da instituição congenere que se observa na organização das sociedades anonymas.

Compõe-se esta com missão de três membros, e tem funcções consultivas e deliberativas.²

E' eleita ao mesmo tempo e pelo mesmo processo que os syndicos definitivos (ns. 596 e 597); podem os seus membros ser credores ou não.¹

valores encaixados (Cod. Com. Ital., art. 722; Cod. Cileno, art. 1438); 2.º o juiz arbitra uma commissao dentro de certos limites (Lei Argentina, de 29 de Agosto de 1891, até 6%; Lei Brasileira); 3.º os credores marcam livremente os salarios dos syndicos (Lei Ingl. de 1883, art. 72). A Lei Hungara (art. 103) ainda apresenta outro systema: manda os syndicos ajustarem livremente a sua retribuição com os credores, sujeitando-a á homologação do Tribunal no caso de não haver accordo.

¹ HUMBLET, Traité des Faillités, n. 233, diz que essa medida é em muitos casos equitativa e util aos interesses da massa. Equitativa, por que demorando-se a liquidção e repartindo-se periodicos dividendos aos credores não seria justo que somente os syndicos aguardassem o encerramento da fallencia para embolsarem o que lhes é devido. Útil porque não é prudente expol-os á tentação de precipitar a liquidação, com detrimento dos verdadeiros interesses dos credores, no desejo de apressar o momento de receber a commissao.

O Cod. Ital., art. 722, permite que a commissao dos syndicos seja paga em rateio ou fracções por occasião da distribuição dos dividendos aos credores e em proporção a esse.

² Decr. n. 917, art. 58.

611. A' primeira vista parece ser muito feliz a idéa dessa commissão, vigilante sentinella avançada dos interesses dos credores, para lembrar á uma administração pouco zelosa o cumprimento dos deveres e, ao mesmo tempo, conjurar os desvios e desmandos da que for deshonesta.

Mas que commissão fiscal instituiu o Decr. n. 917, podendo ser recrutada fora dos credores, entre pessoas que não têm o minimo interesse na boa administração da fallencia, e sendo por sua vez fiscalizada pelo juiz que tem a faculdade de destituir *ex-officio* os seus membros?

Os resultados praticos têm sido desastrosos. A fallencias com este grande pessoal scenico mais se complicam, mais retardadas ficam, maiores abusos geram. Essa commissão fiscal só tem servido para desfalcar a massa com onerosas commissões.

Não se tracta de uma instituição nova. Muitas legislações admitem-na, umas obrigatoria e outras facultativamente;² mas em que peze ao eminente THALLEER que a justifica quando *armée de pouvoirs serieux*,³ não faltam razões valiosas para condemnarem-na não só como contraria ás noções juridicas, mas também como inutil e prejudicial.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 58.

² Facultativa: na Allemanha (Lei de 1877 § 79) sob o nome de Glaubigerausschuss; na Inglaterra (*Bankruptcy Act*, 1883, art. 22) sob o nome de Committee of inspection; na Hungria (Lei de 1881, arts. 96, 109 e 110); na França, sob o nome de Contrôleurs (Lei de 4 de Março de 1889, arts. 9, 10 e 20); na Suissa, sob o nome de commission de surveillance (Lei de 11 de Abril de 1889, art. 237).

Obrigatoria: na Italia, sob o nome de *delegazione del creditori* (Cod. Com., art. 723), na Austria, (art. 74).

Todas essas legislações dão, porém, á commissão fiscal uma organização muito diversa da que lhe emprestou o Decr. n. 917.

³ Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, n. 170.

⁴ A lei roumaica de 1895, sobre a fallencia, supprimiu a commissão fiscal de credores — car au lieu d'un instrument de controle des interesses sor les travaux dn failli, elle devenait dans les mains du failli une arme avec laque lie il influait sur les décisions du

A pratica muito menos a abona.

Entre nós tanto mais injustificável é essa comissão fiscal quanto é certo que os syndicos são eleitos pelos credores, e o juiz conserva no segundo periodo da fallencia o mesmo direito de activa fiscalização que no primeiro. Mais logico seria dar ao fallido o direito de nomear um fiscal de sua confiança para assistir a liquidação em que é interessado.

612. As funções da comissão fiscal serão apreciadas quando tractarmos dos actos que se succedem no segundo periodo da fallencia.

Por ora observaremos que as anctorisações desta comissão fiscal para certos actos da liquidação devem ser dadas por escripto. Uma simples auctorisação verbal seria perigosa, fugitiva e sujeita a contestações e interpretações diversas. Nessa materia toda a responsabilidade deve ficar bem definida.

Os membros da comissão fiscal podem ser destituídos nos mesmos casos e do mesmo modo que os syndicos definitivos (n. 602). Estes podem também requerer-a destituição daquelles com causa

syndic et du juge oommissaire. DE BONEMAIS & VOINESCO, Introduction á Loi Roumaine sur la faillite, pág. 10.

São irresponsáveis as considerações com as quaes a Comisión da Códigos Camara dos Deputados da Nação Argentina, no relatorio de Agosto de 1889 fulminou essa instituição. Dentre outras transcrevemos a seguinte: "Em vista do legitimo proposito de simplificar o juizo da fallencia em beneficio dos interesses nelle envolvidos, pensamos que essas comissões fiscaes (comités ou juntas de vigilância) tendem antes a obstar a livre marcha da fallencia do que a satisfazer qualquer necessidade que não possa ser corrigida nem providenciada pelo juiz do processo. Por outro lado, essas oreações com faculdades pertencentes á jurisdicção dos juizes são anómalas e absolutamente estranhas a toda a justificação jurídica e a toda a razão no domínio dos interesses e conveniências. Existe arraigada uma falsa idéa, que gera essas instituições prejudiciaes, a saber: os bens do fallido são de propriedade de seus credores. Esta doutrina corrente, que tem dado margem a muitas disposições insólitas das leis, com desconhecimento das mais claras noções do direito, não é exacta. Os bens do fallido não são propriedade de seus credores; estão apenas defanados ao pagamento de seus creditos. Essa propriedade só se poderia considerar effectiva nos credores do concurso no caso de uma adjudicação m so-lutum dos bens da massa. De outro modo, em qualquer situação da fallencia, pode juridicamente sustentar a existencia de um facto que foge de todas regras que governam a transmissão da propriedade."

justificada; e uma vez destituídos, perdem o direito á porcentagem. A substituição interina é feita pelo juiz até que os credores elejam quem definitivamente faça parte da comissão.¹

613. Os membros da comissão fiscal percebem repartidamente comissão de meio a um por cento, calculada do mesmo modo que dos syndicos definitivos. Os Estados têm se arrogado a faculdade de marcar em suas leis a porcentagem aos membros dessa comissão, não sabemos com que fundamento.²

ARTIGO IV

Os credores e os fallidos

Summario. — 614. Credores unionistas. -
615. Condição do fallido.

614. Aos credores unionistas applica-se tudo quanto dissemos nos s. 424 a 430, sendo-lhes facultado examinar no escriptorio da casa lida as contas do estado da fallencia e das quantias em caixa.³ Após credores reconhecidos ou reveis, que comparecerem no decurso processo da fallencia, só é dado acompanhar este no estado em que achar.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 65.

² Decr. a. 917, art. 148; Edital do extinto Tribunal do Com. de 5 de Setembro de 1855. Comquanto o Decr. n. 917 nada diga, é fora de duvida que forma do calculo deve ser a mesma que a do calculo da comissão dos syncos definitivos. Na França (Lei de 1889, art. 10) e na Hungria (Lei de 1881, art. 111) são gratuitas as funções de membros da comissão fiscal. O mesmo na Italia VIDARI, vol. 8, n. 7973, CUZZERI, Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 7, HD. 811). Na Allemanha são remuneradas. (Lei de 1877, § 83).

³ No Estado de S. Paulo o Decr. n. 178 de 6 de Junho de 1893 (Regimuido das Custas Judiciarias), no art. 2.º das Disposições Transitórias, marcou Biara cada um dos membros da comissão fiscal a mesma porcentagem que para o curador fiscal (vide nota 1 á pag. 273 do 1.º vol.). Assim, pois, nenhum membro da comissão fiscal pode ter remuneração superior a um aponto de reis.

⁴ O Decr. n. 917 nada diz, mas isso decorre dos principios, geraes da Instituição. O Regul. n. 738, no art. 169, admittia expressamente esse direito.

615. A fallencia, entrando no segundo periodo, em nada altera a condição do fallido a qual é a mesma referida no n. 431.

SECÇÃO II

Administração e representação juridica da massa

Summario. — 616. A administração da massa no segundo período cabe aos syndicos definitivos. -- 617. Esta administração confunde-se com a liquidação do activo e passivo. — 618. Attribuições desses syndicos como administradores. — 619. Para estar em juizo devem obter previa auctorisação da commissão fiscal. — 620. O curador fiscal não intervem nas acções movidas pro ou contra a massa no periodo de liquidação. — 621. Rito processual e competencia para as acções promovidas pela ou contra a massa. — 622. Escripção da casa fallida. Nomeação de guarda livros, caixeiros e empregados. — 623. Conta mensal demonstrativa do estado da liquidação. — 624. Deposito dos dinheiros da liquidação.

616. A massa dos credores, quando a fallencia entra no periodo de liquidação, passa a ser administrada pelos syndicos definitivos. São estes d'ahi em diante os seus órgãos, os seus representantes judiciais e extrajudiciais.

Esta administração, em continuação á provisoria, comprehende não pequena serie de actos destinados a preparar os meios de proveitosa liquidação do activo e passivo da casa fallida.

Eis porque assumindo a administração da massa são os syndicos definitivos investidos, ao mesmo tempo, de plenos poderes para todas a quaesquer operações e actos necessarios para aquella liquidação¹. Até mesmo a faculdade de transigir lhes é conferida (n. 632).

617. A administração da massa pelos syndicos definitivos e a liquidação do activo e passivo da fallencia vêm assim a se confundir, pois esta liquidação é a parte principal daquelja administração, e, no desempenho das funcções que lhes são dadas, os syndicos. ora obram por si só, podendo consultar a commissão fiscal quando julguem conveniente, ora obram auctorisados por esta commissão, notando-se ainda que para certos actos também exige a lei a auctorisação do juiz.

Veremos no correr da exposição os casos especiaes em que se fazem mister taes auctorisações.

618. Aos syndicos definitivos cabe a representação juridica dal massa, podendo praticar todos os actos conservatorios de direitos e acções do fallido, entre os quaes levar titulos a protesto, interromper prescripções, diligenciar o acceite de letras e a cobrança de dividas activas, dar quitação, remir penhores e antichreses, promover execuções de sentença contra devedores do fallido, reivindicar mercadorias e bens em mãos de terceiro, propor todas as acções que interessem a massa inclusive a revocatoria), e também defendel-a em juizo.

619. Para intentar, seguir, ou defender alguma acção em nome da massa os syndicos devem obter previa auctorisação da commissão fiscal.² Esta auctorisação deve ser dada por escripto (n. 612),

¹ Decr. n. 917, art. 59

² Decr. n. 917, art. 25.

e a falta induz nullidade do processo por identicas razões expostas no n. 454. Basta que os membros da commissão fiscal outorguem e assignem conjunctamente com os syndicos o instrumento de procuração ao advogado. Este acto importa plena auctorisação.¹

620. Ha quem sustente a necessidade da intervenção do curador fiscal nas acções movidas, pela ou contra a massa, no periodo da liquidação

Os termos do art. 25 do Decr. n. 917 parecem, com effeito, sufragar esta opinião, mas, attendendo ao papel que desempenha na fallencia aquelle órgão do ministerio publico, cremos sã a doutrina contraria suffragada pelo Tribunal de Justiça de S. Paulo, em accordam de 27 de Novembro de 1895.²

Não convence o uinico fundamento dos respeitaveis votos vencidos nesse accordam: — absurdo no *desapparecimento* do curador fiscal nos feitos movidos pela ou contra a massa, com a superveniencia do contracto de união — pois o absurdo só prevaleceria em relação às acções vindas do periodo provisorio, mas nunca relativamente às acções que fossem propostas durante o periodo da liquidação.

A intervenção do curador fiscal nas acções intentadas, seguidas ou defendidas durante o primeiro periodo da fallencia (o que aliás ja é justificavel exigencia) não passa de mera assistencia aos syndicos provisorios, unicos representantes da massa; é mais um meio de exercer a fiscalisação sobre estes. Vide n. 408, 7.º attribuição.

Os syndicos definitivos não estão sob a fiscalisação do curador fiscal mas sim da commissão fiscal, a qual não os assiste nas acções intentadas, continuadas ou defendidas em nome da massa, limitando-se a auctoral-os a comparecerem em juizo.

¹ Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 23 de Abril de 1898 na *Revista Mensal*, vol. 8, pag. 366.

² Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 11, pag. 185.

621. As acções promovidas contra a massa são processadas perante o *juiz da fallencia* e têm o *rito summario* (Regul, n. 737, arts.237 a 244).¹

Se, ao contrario, a massa é que intenta a acção, deve demandar e réo no foro, por direito, competente. Neste caso, o facto da fallencia não muda a natureza da divida, e nem simplifica a marcha processual. A unica excepção aberta a esta regra é para a acção revogatoria ou de nullidade (ns. 379 e 380).

622. Os assentos e escripturação da casa fallida devem continuar nos mesmos livros.² Os syndicos, sem prejuizo da sua responsabilidade, podem chamar, para os serviços da administração e liquidação, os guarda livros, caixeiros e empregados que forem necessarios.³

E' de prudencia os syndicos ouvirem a commissão fiscal sobre a conveniencia e salarios desses auxiliares.

623. Ao juiz apresentarão os syndicos, todos os mezes, com informação da commissão fiscal, conta demonstrativa do estado da liquidação e das quantias em caixa.⁴

624. Todas as quantias recebidas pelos syndicos serão depositadas em conta corrente simples no estabelecimento bancario que elles escolherem, e sob a sua responsabilidade.¹

¹ Decr. n. 917, art. 35, § 1.º

² O art. 168 do Regul. n. 738 mandava o juiz abrir, numerar, rubricar e encerrar um livro sellado para nelle se lançarem todos as quantias recebidas e despendidas. O Decr. n. 917 nada diz, e não ha inconveniente que se lancem esses assentos nos proprios livros da casa.

³ Decr. n. 917, arg. do art. 36, e e h. O Cod. Com, no art. 865 dava expressamente essa auctorisação aos administradores.

⁴ Decr. n. 917, art. 63 pr. Identica disposição no art. 867 do Cod. Com. O Cod. Com. Ital., art. 755, manda apresentar mensalmente esta conta á commissão fiscal; a Lei Ingleza de 1883, sch. 78, de dois em dois mezes ao Board of Trade; o Cod. Francez todos os mezes ao juiz commissario (art. 566).

Os syndicos não podem guardar os dinheiros da liquidação. A commissão fiscal e o proprio juiz devem prestar toda a attenção a este cauteloso e bem entendido provimento legal. Uma das causas do retardamento da liquidação das casas fallidas é o abuso frequentissimo de os syndicos conservarem em seu poder esses dinheiros. Vide as considerações feitas no n. 451, que são aqui applicaveis.

SECÇÃO III

Liquidação do activo da fallencia

Summario. — 625. Operações da liquidação do activo. — 626. Celeridade desta liquidação. — 627. Seus meios. - 628. Venda de todos os bens. — 629. Bens de terceiro. — 630. Venda de todo o activo. — 631. O pessoal da fallencia não pode comprar bens da massa. — 632. Transacção. — 633. Outros meios de liquidação. — 634. Continuação do negocio do fallido. — 635. Remissão parcial das dividas activas. — 636. Partilha dos bens in natura. — 637. Venda de mercadorias nos armazens geraes.

¹ Decr. n. 917, art. 36, § 1, cuja disposição não pode deixar de ser applicada tambem aos syndicos definitivos. Sobre a contradicção que se note entre os arts. 36, § 1 e 151 do Decr. n. 917, vide o que dissemos na nota 7 á pag. 290 do 1.º vol.- O Cod. Com. no art. 866 mandava guardar todas as quantias recebidas em uma caixa de duas chaves, salvo se os credores accordas sem em que fossem depositadas em algum banco ou no deposito publico.

Na Inglaterra o syndico deve, em regra, recolher ao Banco de Inglaterra toda a quantia excedente a 50 libras a credito do *Board of Trade* (*Bankruptcy Act*, 1883, sch. 75, ai. 3, 5 e 6). O Banco abre ao *Board of Trade* uma conta das fallencias (*bankruptcy estates account*). As quantias pertencentes á massa são na Italia depositadas judicialmente (art. 753); na França, recolhidas á caixa das consignações e depositos (art. 489); na Allemanha (§ 120) e na Austria os credores designam o logar do deposito; na Republica Argentina sao recolhidas ao Banco Nacional (Ood., art. 1523).

626. A liquidação ou realização do activo da fallencia comprehende todas as operações tendentes a verificar exactamente os bens, direitos e acções do devedor commum e reduzil-os a dinheiro afim de, opportunamente, se pagar aos credores na proporção de seus creditos e conformidade de seus direitos.

626. Está no espirito da lei accelerar o mais possível essa liquidação, pondo um paradeiro ás interminaveis fallencias que ainda hoje se observam constantemente no foro.

Logo que entrarem em exercicio devem os syndicos, sem perda de tempo, iniciar a liquidação do activo, o que farão simultaneamente com outros actos preliminares da liquidação do passivo. Em regra, quanto mais demorada for a realização do activo tanto maior a probabilidade de prejuizos.

627. Diversos meios são facultados aos syndicos. administradores da massa, para operarem essa liquidação.

O meio mais natural e prompto é a venda de todos os bens moveis, semoventes, immoveis, direitos e acções do devedor, arrecadados pela massa.

Para isso são, porém, necessárias as seguintes condições:

1°. que a comissão fiscal auctoriseos syndicos a procederem á venda.¹

A comissão fiscal deve attender á oportunidade e conveniencia desse meio de liquidação, pois muitas vezes causas passageiras podem obstar um bom resultado. Da negação da auctorisação

¹ Decr. n. 917, art. 60, a.

poderão os syndicos recorrer ao juiz que decidirá, sem recurso, ouvindo ou não o fallido.¹

2.º que a venda seja feita em hasta publica, por intermedio de leiloeiro, ou, onde não o haja, do porteiro dos auditorios ou de quem suas vezes fizer.²

A venda dos immoveis independe da outorga uxoria.³

628. A leilão publico devem ir *todos e quaesquer* bens, achem-se livres ou onerados com privilegio ou hypotheca. Os immoveis gravados com hypotheca legal ou convencional inscriptas não escapara desse leilão, pois a fallencia traz uma liquidação geral;⁴ a venda em hasta

¹ Decr. n. 917, art. 60 § 1.

² Decr. n. 917, art. 60, a, em referencia ao art. 36 d.

³ Decr. n. 917, art. 60 § 3.

⁴ O CONS. DUARTE DE AZEVEDO, em artigo de doutrina na Revista Mensal, vol. 2, pag. 15, indagando do effeito da fallencia do devedor sobre as hypothecas por elle contrahidas, diz bem que a hypotheca não se extingue pela fallencia, mas liquida-se na fallencia.

“Constituido o contracto de união dos credores, escreve aquelle CONS., ficam os syndicos investidos de plenos poderes para todas as operações e actos da liquidação, Decr. de 24 de Outubro de 1890, art. 59; e no interesse da liquidação, que ó o objecto primordial daquelle contracto e o fim da fallencia nesta phase, devem os syndicos proceder a venda em hasta publica de todos e quaesquer bens da massa, moveis ou immoveis, direitos e acções. Decr. cit. art. -36, d, e art. 60.

Vencidas como ficam as dividas hypothecarias por effeito da fallencia do devedor, a venda dos immoveis hypothecados, aliás auctorizada pelo art. 60 cit., é de dupla necessidade, não só para pagamento dos credores hypothecarios, como para se verterem na massa, em beneficio dos mais credores, os saldos das hypothecas.

E' o que está expressamente previsto quanto ao penhor, que deve ser remido, ou trazido ao leilão, para que a sobra entre na massa. Decr. de 24 de Outubro, art. 70, II § 2. Ora, a hypotheca é uma especie do *pignus*; é o penhor de immoveis.

A hypotheca pois não se extingue, mas liquida-se na fallencia; e este effeito procede do facto de ficar a divida hypothecaria vencida, e da necessidade juridica da liquidação da massa fallida.

Poder-se-ia contestar essa conclusão com o argumento de que a hypotheca extingue-se pela arrematação solemne do immovel hypothecado em praça publica, Ord. L. 4, Tit. 6 §§ 2º e B; Reg. de 2 de Maio de 1890, art. 226 § 9; e por arrematação em praça publica não se entende a venda em leilão, senão que é feita na presença e por auctoridade do juiz, sob pregão do porteiro dos auditorios, ordinariamente em execução de sentença. Ord. oit.

Porém no processo commercial diz-se feita em hasta publica a venda realisada por leiloeiro, de ordem do juiz. Cod. Com. art. 70, Regul. de 25 de Novembro de 1850, art.

publica, por intermedio de leiloeiro ou, ofende não o haja, do porteiro dos auditorios ou de quem suas vezes fizer, prescripta polo Decr. n. 917 para *todos e quaesquer* bens da fallencia, equivale, quanto aos seus effeitos, á arrematação solemne em praça publica, exigida nas execuções ordinarias.¹

Consequentemente, extingue a hypotheca,² mas esta extincção só começa a ter effeito pepois de averbada no competente registro.³

Tenha-se presente, porém, que o producto dos moveis e immoveis gravados com privilegio e hypotheca, deve ser reservado para satisfazer os creditos aos quaes estes bens serviam de garantia.

629. Os bens pertencentes a terceiro, arrecadados com os do fallido, não devem ser vendidos, mas entregues ao dono, com authorisação da commissão fiscal, quando sobre elles não houver duvida ou contestação.⁴

358, Decr. de 24 de Outubro de 1890, art. 36, d, *ibi*: venda em hasta publica *por intermedio de leiloeiro*, ou onde não o haja, do porteiro dos auditorios.

Sendo deste modo que se fazem as vendas nas fallencias, Decr. de 1890, art. 60, por ellas se extinguem os onus dos bens hypothecados, que continuam a subsistir no preço da venda, conforme o art. 359 do Reg. de 1850.

E' indispensavel, nesse caso, que se averbe a extincção da hypotheca, para que só a vista da certidão do averbamento seja attendida em juizo, como dispõe o art. 11 § 6 da lei de 19 de Janeiro e o art. 227 do Reg. de 2 de Maio de 1890?

Parece que não, porque a venda é feita em virtude de um preceito legal, e com a publicidade resultante da hasta publica; entretanto seria prudente não prescindir-se do registro.

No n. 208 já dissemos em que casos os credores pignoratícios, antichresistas e hypothecarios podiam mover as suas acções singulares contra a massa, e no Capitulo VII Secção V, falaremos ainda dos direitos do credor hypothecario na fallencia do devedor.

¹ Cod. Com., art. 70.

² Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 226 § 9.

³ Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 227. O art. 103 deste Decr. ainda dispõe: "O registro, enquanto não se cancelar, produz todos os seus effeitos legaes, ainda quando por outra maneira se prove que o contracto esta desfeito, extincto, annullação ou rescindido." Nessa parte divergimos da opinião do douto CONS. DUARTE DE AZEVEDO. A averbação parece-nos sempre necessaria.

⁴ Decr. n. 917, art. 68, § 3.

Outrosim não podem ser alienados os bens litigiosos, isto é, aquelles Sobre que se mover reclamação ou acção de reivindicação ou sobre que pender acção pessoal reipersecutoria.¹

630. Podem as vantagens e conveniencias da liquidação aconselhar a venda dos bens, não separada, mas conglobadamente; neste caso, os syndicos, uma vez auctorizados pela comissão fiscal, têm a faculdade de vender todo o activo a qualquer pessoa, ainda que seja o proprio fallido.²

A lei exige para este fim somente a auctorisação da commissão fiscal, de cuja denegação podem os syndicos recorrer ao juiz, que decidirá sem mais recurso, ouvindo ou não o fallido.³ Portanto:

a) não precisa que o fallido seja ouvido pelos syndicos ou commissão fiscal;

b) nem é essencial que a venda se faça por intermedio de leiloeiro. O meio frequentemente usado e de melhores resultados praticos é o de chamar proponentes por auncios publicados nos jornaes. Deve haver a maior cautela na execução pratica deste meio de liquidação. Convem que os syndicos e a commissão fiscal estudem bem se vale a pena renunciar vantagens maiores embora incertas que traria a venda em lotes, para garantir o goso de outras menores que proporcionaria a venda

¹ Decr. n. 917, art 68, § 5: "A reclamação ou acção de reivindicação obsta a venda da coisa reclamada, mas não annulla a anterior alienação." Vide TEIXEIRA DE FREITAS, Consol. das Leis Civis, art. 586, § 3. O Cod. Com. Argentino, art. 1519, exceptua expressamente da liquidação os bens que se *encontren afectados á derechos de dominio ó que fuesen objeto de litigio pendiente*.

² Decr. n. 917, art. 60, c. O Cod. Com. no art. 864 permittia aos administradores venderem dividas activas da massa, e attestava TEIXEIRA DE FREITAS, Add. ao Cod. do Com., art. 963, pag. 1200, que no foro commercial se entendia que esta faculdade era extensiva á venda de toda a massa e a qualquer contracto com o fallido.

— Uma escriptura pela qual alguns individuos compraram uma massa fallida não prova entre elles a existencia de uma sociedade commercial; tracta-se apenas de uma simples comunidade de interesses resultante de uma aquisição feita em commum. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 19 de Janeiro de 1898, n.º Direito, vol. 78, pag. 535.

³ Decr. n. 917, art. 60, § 1.

de todo o activo á uma só pessoa, certo de que elles respondem civilmente, não só ao fallido como á massa dos credores, pelos prejuizos causados por fraude ou dolo, e até por negligencia.¹

631. É expressamente prohibido ao juiz, aos syndicos, aos membros da commissão fiscal, ao curador fiscal, peritos, avaliadores, e mais, officiaes da justiça, comprar por si ou por interposta pessoa quaesquer bens da massa, sob as penas do art 232 do Cod. Penal.²

632. Como meio de facilitar e accelerar a liquidação, aos syndicos definitivos é dada a faculdade de transigirem sobre as dividas e negocios da massa, sendo essencial, porém, previa autorização da commissão fiscal.³

Transacção quer dizer composição para extinguir obrigações *litigiosas ou duvidosas*.⁴

A transacção suppõe:

1.º Existencia actual ou possibilidade de uma demanda entre partes. A transacção sobre direitos que nada têm de duvidosos, ou sobre meras pretensões, é considerada como sem causa e portanto como inexistente. O justo temor de uma lide não ainda promovida, ou a mais pequena duvida sobre o resultado de uma lide pendente bastam para

¹ Decr. n. 917, arts. 52 § unico e 85.

² Decr. n. 917, art. 66. Identica disposição a do art. 863 do Cod. Com.
— Provado que o syndico comprou bens da massa, dar-se-á causa justificada para sua destituição que deve ser decretada ex-officio (Decr. n. 917, art. 65 § 1).
E como o fallido tem legitimo interesse em que seja rectamente liquidada a massa, é-lhe licito justificar esse facto para provocar a acção do juiz.
Destituído o syndico e nomeado outro, caberá á administração promover a annullação da venda e reaver os bens para liquidar regularmente a massa. Parecer do DE. SOUZA RIBEIRO, no Forum, vol. 4, pag. 9.

³ Decr. n. 917, art. 60, b. O Cod. Com. não permittia que os administradores transigissem, art. 866; no mesmo sentido o art. 23 § 2 do Eegul. n. 737. Vide nota 2 a pag. 20.

⁴ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consol. das Leis Coms*, nota 29 ao art. 470 4; CLOVIS, *Dir. das Obrig.* § 49.

justificar a transacção. *Sufficit metus litis instantis, vel eventos dubius litis pendentis.*¹

2.º Reciprocidade de concessões ou de sacrifícios de parte á parte.² Em virtude deste caracter a transacção distingue-se já da simples renuncia, já da remissão do debito, e ainda da desistencia.

A faculdade de transigir conferida aos syndicos é illimitada, e deve ser usada com a maxima cautela para que não degenere em abuso por negligencia, ignorancia ou fraude. Os syndicos e a commissão fiscal precisam medir attentamente os sacrificios com as vantagens que colhe a massa, e pena é que para tão importante acto o Decr. In. 917 não tornasse obrigatoria a audiencia do fallido.

Os poderes de transigir versam simplesmente sobre as dividas activas da massa; não vão ao ponto de auctorisar os syndicos a romperem a lei fundamental da fallencia e transigirem com as dividas passivas.

633. Alem dos modos de liquidação expostos (ns. 627, 630 e 631), o Decr. n. 917 faculta aos syndicos todo e qualquer outro, exigindo, porém:

- a) que a commissão fiscal dê auctorisacão;
- b) que o fallido seja ouvido, e
- c) que o juiz approve.

Da decisão do juiz não cabe recurso.

E' digna de observação a lembrança do Decr. n. 917 mandando ouvir o fallido neste caso, quando em outros não fez obrigatoria tal audiencia.

¹ L 65 § 1, Dig. 2, 6.

² COELHO DA ROCHA, *Direito Civil*, § 744.

634. Na variedade de casos possiveis de liquidação, admittida mediante o cumprimento das exigencias declaradas no n. 633 supra, figuram:

a) A continuação do negocio do fallido.

O Decr. n. 917 auctorisa expressamente a continuação do negocio do fallido durante o periodo provisorio, com o fim unico de facilitar ao fallido a formação da concordata com os credores, tanto que só o fallido é que pode requerer esta medida (n. 462). Não ha razão, porém, que prive os syndicos definitivos de aproveitarem-se desse expediente para conseguir uma boa liquidação.

Traz, entretanto, sérios inconvenientes este modo de liquidação, e só com muita cautela e instrucções previamente estabelecidas deve o juiz nelle consentir.¹

Autorisada a continuação do negocio, que então será sob a gerencia de pessoa nomeada pelos syndicos com consentimento da commissã fiscal, applicam-se por analogia as mesmas considerações feitas nos ns 464 e 466, notando-se que os syndicos e membros da commissão fiscal respondem civilmente por perdas e danos, se compromettem o activo da massa por culpa ou dolo.

635. b) A remissão parcial das dividas de difficil liquidação ou cobrança.

O *pagamento com abatimento*, como é vulgarmente conhecido, concorre não raras vezes para apressar a liquidação e pode trazer vantagens á massa.² A *remissão* é em substancia uma liberalidade, e por

¹ As legislações estrangeiras trazem estudadas disposições sobre essa materia, acautelando a massa e terceiros. Muitas exigem para a continuação do negocio a auctorisação dos credores, cuja responsabilidade fica compromettida.

² O Cod. Com. no art. 864 permitia aos administradores entrarem, a respeito das dividas de difficil liquidação ou cobrança, em qualquer transacção ou convénio que lhes parecesse util para o fim de apressar-se a liquidação; exigia, porém, que os credores assentissem e o juiz auctorisasse.

ahi se ve quão perigosa é essa forma de liquidar dividas activas da casa fallida. Infelizmente muito se tem abusado desse meio, e ordinariamente os syndicos deliberam por si só os abatimentos de dividas fora de duvida que, não estando tal modo de liquidação expressamente contemplado no Decr. n. 917, se enquadra na generalidade do art 60, § 2, e portanto para que seja valido é mister, repetimos para maior clareza:

- 1.º que haja auctorisação da commissão fiscal;
- 2.º que seja ouvido o fallido;
- 3.º que o juiz approve o abatimento da divida.

Note-se: não se tracta de transacção, pois esta suppõe uma divida *litigiosa ou duvidosa*, para a qual bastaria que os syndicos obtivessem aucturisação da commissao fiscal (n. 622). As dividas ou obrigações, de que falamos aqui, suppõem-se serem certas, liquidas e reconhecidas pelo proprio devedor.

636. É' pormittida a partilha dos bens fn natura entre os credores?

A massa dos credores não é proprietaria dos bens constitutivos do activo da casa fallida; é simplesmente administradora e liquidante (n. 193).

Não é possível, pois, que sejam repartidos entre os credores os bens do devedor, a fallencia não é um processo divisorio, em que se separa o meu do teu; é, sim, um processo de execução.¹

Entretanto, se o fallido concorda com esse meio de liquidação, não vemos inconveniente em ser elle acceito pelos tribunaes.

¹ O Na legislação ingleza a massa é investida da propriedade dos bens do devedor desde a *adjudication of bankruptcy*, (nota 5 *in fine*, á pag. 137 do 1º vol), e é expressamente admittido esse modo de liquidação quando aquelles bens, por sua natureza especial ou por outras circumstancias particulares, não podem ser utilmente realizados por meio de venda (*Bankruptcy Act*, 1883, S. 57, n. 9).

637. A Lei n. 559 de 31 de Dezembro de 1898 (orçamento da receita federal para o exercicio de 1899), auctorisando o governo a permittir a constituição de *armazens geraes* (instituição sobre o qual aventámos algumas ideas no n. 74), deu, no art 3°. , n. IX, § 4.°, ao juiz commercial a faculdade de, no caso de fallencia, mandar proceder em estabelecimento auctorisado de sua jurisdicção á venda de mercadorias, qualquer que seja a sua especie ou procedencia, nomeando corretores ou pessoas de sua confiança e fazendo acompanhar o mandado docatalogo das mercadorias com todas as individuações.

SECÇÃO IV

Liquidação do passivo da fallencia.

Summario. — 638. Operações da liquidação do passivo. — 639. Razão de ordem.

638. A liquidação do passivo da fallencia reduz-se a duas operações, sendo a primeira preliminar da segunda:

1.° a verificação definitiva e classificação dos creditos, isto é, determinação daquelles que têm direito de ser pagos pelo producto de bens do fallido, e da importancia, natureza e graduação de seus créditos;

2.° a distribuição do producto do activo entre os credores.

639. A materia desta Secção é vasta e importante, e obriga-nos a estudar em artigos separados:

1.° a verificação e classificação dos creditos;

2.° a distribuição do producto do activo entre os credores verificados e classificados.

Occupar-nos-emos no Capitulo VII, especialmente, das differentes especies de credores e seus direitos.

ARTIGO I

Verificação definitiva e classificação dos credits

Summario. — 640. Verificação definitiva e classificação dos créditos. — 641. A quem compete preparal-as. — 642. Caracter geral desta classificação. 643. Redacção dos credits á uma mesma expressão pecuniaria. — 644. A verificação e a classificação não importam novação. — 645. Processo da verificação e classificação. — 646. Continuação. — 647. Continuação. 648. Reclamação contra a classificação. — 649. Processo desta reclamação. — 650. Recursos dos credores prejudicados. — 651. Acção dos credores excluidos contra a massa. — 652. Reserva de dividendos. 653. Credores retardatarios. — 654. Credores particulares dos socios. 655. Credores após a rescisão da concordata.

640. Para que a fallencia atinja o seu objectivo precisam ser medidas, com a maior exactidão, as forças do passivo, isto é, fixadas a importancia real dos credits e a graduação delles no concurso, Surge, pois, a necessidade de apreciar e determinar os direitos de cada credor individualmente considerado, e de procurar conhecer a composição da massa dos credores, analysando-a, não já no seu todo exterior, como um

ser de razão, abstracto e colectivo. mas em seus elementos vivos, positivos, reaes.¹

Cada credito tem de passar pelo cadinho da apuração, tomando o devido logar no concurso; só depois disso recebe o cunho de veracidade e dá ao respectivo titular o direito de participar na distribuição do producto do activo. Pouco importa que o credito já tivesse sido provisoriamente reconhecido no primeiro periodo da fallencia; não fica dispensado de novo e definitivo exame, em virtude do qual pode ainda per contestado e excluido do passivo. Outrosim, os credores contestados por ocasião da verificação provisoria, se reclamarem e provarem verdade, qualidade e medida dos seus creditos, podem vel-os afinal verificados e graduados (n. 483).

Tal é o instituto da verificação definitiva e classificação dos creditos, o qual se afasta completamente das normas do direito commum processual. No direito commum o credor chama a juizo o devedor para obter o pagamento reclamado, este defende-se em acção regular, e sobrevindo o concurso de credores tem logar o seu processo especial (Regul. In. 737, arts. 605 á 638); na verificação e classificação dos creditos não ha uma contenda entre o credor e o devedor, nem existe necessidade de movimentar-se o apparelho do concurso de preferencias com suas; formas complicadas. A fallencia tudo simplifica e, ao mesmo tempo que se apura a verdade e importancia de cada credito, designa-se o logar que o titular deve occupar no concurso.

Já no n. 482 assignalámos os defeitos do Decr. n. 917 sobre essa importantissima materia, que aliás constitue a base do processo da fallencia, estando dependentes della interesses muito serios, que o Decr. n. 917 deixou a descoberto. A *verificação definitiva* dos creditos cujo objecto é, na expressão de BOULAY-PATY, *écarter les créances non*

¹ RENOARD, *Traité des Faillites*, vol. 1, pag. 524.

*sérieuses et gaantir l'efficacité de celles qui sont fondées en titre,*¹ pode, entre nós, ser evitada pela fraude que tem vasto campo para dominar e triumphar no periodo de instrucção da fallencia com a infeliz verificação provisoria dos creditos, sufficiente para auctorisar uma concordata; e quando mesmo se constitua o contracto de união, pode ainda ser illudida e sophismada, pois tudo depende em grande parte dos syndicos e da commissão fiscal, e estes são eleitos por credores presumidos, muitas e muitas vezes forçados na injustificavel verificação provisoria.

641. Aos syndicos e á commissão fiscal é confiada a relevante tarefa de preparar os trabalhos da *verificação e classificação dos creditos*, afim de sujeita-los á apreciação dos credores e do juiz.

O Decr. n. 917 não faz expressamente intervir nesta operação do fallido. D'ahi, porém, não se conclue que o tivesse inhibido de assistir a esse acto já espontaneamente, já a convite dos syndicos. Como duvidar-se do seu interesse em acto de tão grande alcance? O fallido é proprietario dos bens, e quanto maior for a redução do seu passivo tanto mais facil lhe será o caminho da rehabilitação.²

Não marca o Decr. n. 917 epocha certa para se dar começo a *verificação e classificação dos creditos*. Lacuna gravissima, origem dos abusos que desmoralisam as fallencias e fazem o commercio perder confiança nas liquidações feitas em justiça.

E' incontestável, entretanto, que devem aquelles actos ser preparados com a maior brevidade, cumprindo ao juiz exercer a maxima fiscalisação sobre os syndicos e commissão fiscal, lembrando-lhes o cumprimento do dever. Para esse e outros casos identicos foi que a lei o armou da faculdade de destituir *ex-officio* aquelles syndicos e os membros da commissão fiscal.

¹ BOILEUX sur BOULAY-PATY, *Traité des Faillites*, vol. 2, pag. 1.

² O Cod. Francez, art. 494, dá ao fallido o direito de intervir; o Italiano, art. 761, faculta ao juiz consentir na intervenção do fallido.

642. Essa *verificação* annexa á *classificação* tem um caracter geral, abrange os creditos commerciaess, civis, hypothecarios, privilegiados e chirographarios. Os creditos condicionaes também a ellas estão sujeitos (n. 221); não assim os creditos da massa, definidos no art. 67 do decr. n. 917 (n. 679). Os *credores da massa*, differentes dos *credores na massa* (credores da fallencia), são pagos preferencialmente a estes, e quando contestados accionam a massa, sua devedora, representada pelos syndicos.¹

643. Todos os creditos devem ser reduzidos a uma mesma expressão pecuniaria, para que se possa estabelecer entre elles uma relação rigorosa de equivalencia.²

Se se tracta de creditos em moeda metallica estrangeira, observa-se a disposição do art 431, 2.a parte, do (Cod. Com., notando-se que a taxa cambial deve ser a do dia da declaração da fallencia, desde quando se tornam exigiveis as dividas passivas do fallido.

644. A verificação e classificação dos creditos, sendo actos de conhecimento da divida e designação da posição que o seu titular vae occupar no concurso, não importam novação. Sobre ter esta um caracter contractual, o que não se encontra naquelle instituto, faltam no caso todas as condições existenciaes da novação.³

¹ O Cod.Com. Portuguez dispõe no art. 722: "As obrigações, dividas e responsabilidades contrabidas pelo administrador da massa fallida e devidamente auctorizadas ou approvadas, são alheias á verificação do passivo, e. têm preferencia sobre os direitos e creditos contra o fallido."

² BRUSTLEIN ET RAMBERT, *Comment. de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite*, pag. 268: "Não é indispensável que a obrigação do devedor tenha, desde a origem, o caracter de uma divida de dinheiro, basta que seja susceptivel de conversão pecuniaria, que possa, na fallencia, se transformar em um credito. Aquelle que tem direito a uma prestação que o devedor é obrigado a executar pessoalmente, consistindo em fazer ou não fazer, e não comportando avaliação pecuniária, não pode assumir a qualidade de credor na fallencia. Quanto ao mais, não importa o objecto da obrigação."

³ VIDARI, *Corso*, vol. 8, n. 8140; CUZZERI *Il Cod. Com. Ital. Commentato*, vol. 7, n. 449; MASSÉ, *U Droit Com.*, n. 2199; LYON-CAEN & RENAULT, *Iratté de Droit Com.*, vol. 7, n. 541.

645. Os syndicos definitivos, logo que entrarem em exercicio de suas funções, examinarão a escripturação da casa fallida, reverão o balanço apresentado pelo fallido ou pelos syndicos provisorios e convidarão os credores a exhibirem os seus titulos.¹

Este convite aos credores, diz a lei, deve ser feito pelos meios convenientes,² que não são outros senão cartas, circulares ou annuncios nos jornaes. Ordinariamente é preferido este ultimo, marcando-se um prazo razoavel, maior ou menor, conforme a distancia da residencia dos credores.

Da entrega dos titulos os syndicos darão recibo aos portadores que o exigirem.³

A' vista dos titulos e da escripturação do fallido organizarão os syndicos definitivos a relação dos credores, onde deverão constar a natureza e importancia de cada credito, sem esquecer que os juros somente são contados até á véspera da fallencia (n. 225) e que as dividas não vencidas na epocha da declaração da fallencia estão sujeitas ao desconto que fala o n. 215, e as observações que tiverem a fazer.

Podem mesmo os syndicos pedir explicações aos credores, quando as julguem necessarias, e naquella relação as notarão.⁴

646. Se os credores não attendem ao convite dos syndicos, sujeitam-se a ser excluidos ou mal classificados. Pode, porém, succeder que o credor tenha perdido ou não possua titulo, o que é muito commum em nosso meio commercial, e não ha motivo para que o credito constante dos livros dá casa fallida ou devidamente justificado seja excluido por não constar de titulo escripto e materialmente representado.

¹ Decr. n. 917, art. 61.

² Decr. n. 917, art. 61.

³ Decr. n. 917, art. 61 § unico.

⁴ Decr. n. 917, art. 61 pr.

Os livros commerciaes conservam toda a força probatoria em caso de fallencia; a fé na sua verdade não é destruida pela declaração posthuma desse estado do seu proprietario.

647. A relação dos credores assim organizada será submettida ao exame da comissão fiscal, e, reunida esta aos syndicos, procederão ambos á *verificação e definitiva classificação dos creditos*.¹ Os membros da comissão fiscal e os syndicos resolvem em commum e por maioria de votos,² e o trabalho da verificação e classificação será apresentado em juizo e annuciado por edital.³ Este edital deve ser publicado na sede do juizo da fallencia; não é necessário reproduzil-o nos jornaes do domicilio de cada credor.

Feita a classificação, serão os titules restituídos aos credores que os exhibiram mediante o recibo que lhes foi entregue.⁴ Nestes titulos devem os syndicos e a comissão fiscal fazer a devida anotação,⁵ podendo ser adoptada a formula que estabelecia o art. 859 do Código Commercial: *Admittido ao passivo da fallencia de F..... por tal quantia;* ou: *Não admittido por taes e taes razões*.⁶

¹ Decr. n. 917, art. 62 pr.

² O Decr. n. 917 não o diz expressamente, mas não pode ser de outro modo. Na verificação e classificação de creditos a comissão fiscal exerce uma das funções deliberativas a que se refere o art. 58.

³ Decr. n. 917, art. 62 pr.

⁴ Decr. n. 917, art. 61 § unico.

⁵ Decr. n. 917, art. 61 § unico, verbis: *notados*.

⁶ O Cod. Com. Francez, art. 497 manda fazer também identicas declarações em cada titulo, e a proposito escreve RENOUARD, *Traité des Faillites* vol. 1, pag. 545: "A declaração de admissão e escripta nos titulos para mais simplicidade e afim de que tragam com elles mesmo e sem documentos accessorios a prova da sua verificação. Quando se tracta de um titulo em que ha muitos co-obrigados, por exemplo, uma letra, a nota da verificação no titulo pode prevenir os empregos duplos e as fraudes."

648. Dentro de dez dias contados da publicação dos editaes,¹ os credores, classificados ou não classificados, poderão reclamar o que for a bem de seu direito.² Esta reclamação é feita por petição ao juiz.

A expressão reclamar o que for a bem de seu direito é bastante ampla, e significa que qualquer credor pode reclamar não só contra a importancia pela qual é admittido ao passivo ou contra a graduação que for designada ao seu titulo creditorio, como também contra inclusões e graduações indevidas de outros credores.

Estabelece-se assim um juizo contencioso originado pelo choque de interesses, não se podendo negar a cada credor, alem do direito de defender a sua posição no concurso, o de evitar o aumento do passivo na fallencia e a consequente diminuição das forças do activo desde que dê a admissão de falsos credores ou a graduação illegal de outros.

649. Findos os dez dias, que correrão em cartorio independentemente de accusação e lançamento em audiencia (n. 30, preceito 3.º) o juiz designará o prazo, que entender sufficiente, para os syndicos e a commissão fiscal informarem sobre as reclamações apresentadas.

Informadas as reclamações, o juiz tem ainda a faculdade de ordenar as diligencias que lhe parecerem necessarias.

Essas diligencias podem consistir na audiencia do reclamante, na do fallido, no exame dos livros do fallido ou do reclamante,³ etc.

¹ O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 2 de Julho de 1897, resolveu que: 1.º) esse prazo de dez dias deve ser contado da publicação e não da affixação do edital; 2.º) do despacho que não toma conhecimento da reclamação sob o fundamento de ter sido apresentada fora do prazo legal cabe agravo com fundamento no art. 669 § 15 do Regul. n. 737 de 1850. Revista Memal, vol. 6, pag. 10.

² Decr. n. 917, art. 62 § 1.

³ Os Cods. Com. Italiano, art. 671, e Chileno, art. 1448, dão expressamente ao juiz a faculdade de mandar proceder a esse exame nos livros do reclamante.

Julgando o juiz o processo em estado de ser decidido, proferirá sentença classificando os creditos.¹

650. Os credores que se julgarem prejudicados com a sentença poderão agravar de instrumento para o superior competente.²

Em virtude do direito que assiste a cada credor de não só defender a sua posição no concurso como impugnar a admissão de credores indevidos ou a graduação illegal de outros (n. 648), o recurso de agravo lhe é facultado em qualquer desses casos. A lei não dá margem á duvida quando proporciona aquelle recurso aos credores prejudicados.

Os syndicos podem também agravar? Attendendo á letra do art. 62 § 3 do Decr. n. 917, a resposta affirmativa parece não ser exacta. Pode-se mesmo ver no espirito da lei o proposito de deixar entregues exclusivamente aos credores as questões intestinas que se prendem á composição da massa, ficando reservado aos syndicos representarem esta em suas relações externas. Accresce ainda que a sentença classificadora de creditos não pode prejudicar a massa, mas tão somente os credores individualmente considerados. Sendo assim, como dar aos syndicos, representantes da massa, o recurso de uma sentença que a não offende?

Entretanto, boas razões aconselham a que os syndicos possam agravar. Elles preparam a classificação, elles são os únicos que dispõem de elementos seguros para fundamentar qualquer recurso da decisão judicial; os credores abandonam ordinariamente toda a defeza de seus interesses, na communhão em que a fallencia os congrega, aos cuidados dos syndicos, e seria, na verdade, enfadonho e desanimador que cada um

¹ Decr. n. 917, art. 62 § 2.

² Decr. n. 917, art. 62 § 8.

dos credores estivesse a acompanhar os termos do processo da fallencia nos seus menores detalhes.¹

651. Os credores excluidos podem também propor contra a massa as acções a que se julgarem com direito.²

Estas questões processam-se summariamente perante o juiz da fallencia, seja a divida civil ou commercial, e qualquer credor pode intervir como assistente.³

O Decr. n. 917 não marcou prazo para a propositura dessas acções, como seria de vantagem.

Decidida a acção em ultima instancia, não se faz penhora. Appensam-se as cartas de sentença aos autos da fallencia onde os syndicos as attendem. Para a reluctancia por parte dos syndicos, quando se dá opposição caprichosa, tem o juiz na destituição destes o meio de tudo resolver.⁴

652. Enquanto penderem as acções, os reclamantes serão provisoriamente contemplados como credores, fixando o juiz, para os chirographarios, a quota que para o eventual pagamento se deva reservar.

¹ O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac de 1º de Março de 1895, julgou que os syndicos não podiam appellar da decisão que julga definitivamente classificação de credits pois de tal decisão só é facultado ao *credor prejudicado o agravo de instrumento ou as acções contra a massa*. Gaz. Jurd. de S. Paulo, vol. 8 pag. 63. Vide, na mesma Gazeta, o memorial sobre a questão julgada! pelo Tribunal e os pareceres dos advogados que sobre ella se manifestaram.

² Decr. n. 917, art. 62 § 3.

³ Decr. n. 917, art. 35.

⁴ HOLLANDA CAVALCANTE, Informação, pag. 19.

Relativamente aos credores reivindicantes, privilegiados ou hypothecarios, deve ficar em caixa quantia sufficiente para seu pagamento até que se decida a reclamação.¹

Se na ocasião da distribuição dos dividendos a acção não tiver sido proposta, o reclamante não tem direito a exigir essa reserva.

As quotas ou dividendos devem ser depositados no estabelecimento Ucario, quo o juiz designar, em conta-corrente simples,² o somente la entregam depois de ter a sentença passado era julgado.

Este deposito é por conta e risco do credor em cujo beneficio é feito a reserva; do mesmo modo devem pertencer-lhe os juros se vencer a acção.³

653. O credores não contemplados na verificação e classificação dos credits por não terem reclamado em tempo, ou melhor, os credores retardatarios, poderão ser admittidos ao passivo da fallencia, enquanto existir activo a distribuir. E' isso admittido por quasi todas as legislações contemporaneas, onde se revela a tendência, hoje geral, do libertar as liquidações, provenientes da fallencia, dos entraves de uma regulamentação acanhada e dos rigores processuaes.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 62 § 4. E' essa a interpretação que damos a esse § 4. O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 31 de Maio de 1897, decidia muito bem que: o art. 62 § 4 deve ser entendido de accordo com o art. 888 do Cod. Com., interpretado pelo Assento n. 10 de 9 de Julho de 1857. Revista Mensal, vol. 5, pag. 627. Em Ac. de 27 de Agosto de 1898 julgou o mesmo Tribunal que do despacho do juiz, que não manda fazer a reserva integral para eventual pagamento, cabe agravo com fundamento no art. 669 § 15 do Regul. n. 737. Revista Mensal, vol. 9, pag. 183.

² Decr. n. 917, art. 151. Mais prudentemente obraria o juiz eollocando a reserva em deposito.

³ E' a solução do Cod. Com. Italiano, art. 812, que pelo seu espirito de justiça podemos admittir.

⁴ BRUSTLEIN ET RAMBERT, Com. de *la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite*, pag. 419. Cod. Com. Italiano, art. 770; Lei Suíasa. art. 251; Lei Hungara, art. 143; Lei Roumaica, art. 780; Cod. Chileno, art. 1453.

A admissão, nesse caso, deve ser promovida pelo reclamante à sua custa, provando a verdade, quantidade e qualidade do credito; o processo a observar é o mesmo da verificação e classificação a que foram submettidos todos os outros creditos, isto é, essa verificação e essa classificação devem ser feitas pelos syndicos e coramissão fiscal, annunciadas por edital e julgadas por sentença.¹

Emquanto se conhece da reclamação ou, no caso de não ser attendida, enquanto pender a acção que por ventura promover, pode o reclamante pedir a sua admissão provisoria como credor, fixando o juiz a quota que para o eventual pagamento se deva reservar (n. 652).

Os credores retardatarios concorrem somente nos successivos rateios em proporção a seus créditos; não podem, pois, repetir os dividendos já distribuidos aos credores. Os direitos adquiridos pelos credores diligentes, regularmente verificados e classificados, não podem mais soffrer a minima reducção. E' o caso de applicar o conhecido adagio — *sero venintibus ossa*.²

Se, porém, o credor justificar plenamente caso de força maior que o impossibilitou de reclamar em tempo, será grande injustiça privar-o de haver, sobre o activo existente, quantia equal aos rateios já distribuídos, ficando deste modo equiparado aos credores diligentes.³

654. Quando se tractar de sociedade, havendo alem do passivo social os de cada um dos socios solidarios arrastados á fallencia,

¹ O Trib. de Just. de 8. Paulo, em Ac de 4 de Junho de 1895, decidiu que o credor retardatario só pelos meios regulares de direito podia ser admittido. Revista Mensal, vol. 1, pag. 23. Quaes são esses meios regulares de direito? E o que não diz o venerando accordam. O credor retardatario deve antes de tudo fazer verificar, classificar o seu credito, e o processo não pode ser outro senão aquelle por que passaram todos os creditos admittidos ao passivo. Só no caso de exclusão é que o credor tem a faculdade de propor as acções a que se julgar com direito contra a massa.

² Decr n. 917, arg. do art. 68 § 6. Tal é a doutrina do Cod. Italiano, art. 814, da Lei Hungara, arts. 143 e 195, e da Lei Suissa, art. 251; Lei Roumaica, art. 824.

³ Cod. Com. Italiano, art. 814; Lei Roumaica, art. 824.

os, creditos particulares destes socios estão também sujeitos ao processo da verificação e classificação, devendo-se, porém, fazer tantas classificações quantos forem os passivos a attender.

E como os credores sociaes pagam-se precipuamente pelos bens sociaes, e, caso estes não bastem, pelos bens particulares dos socios em concurso com os credores particulares destes, e como ainda estes credores particulares são pagos pelos bens do socio devedor e pelas sobras que o dito socio tiver na sociedade depois de pagos os credores sociaes,¹ conclue-se, em virtude dos interesses em jogo, que:

a) na verificação dos creditos de cada credor social podem intervir e reclamar todos os outros credores sociaes e os particulares dos differentes socios;

b) na verificação dos creditos de cada credor particular podem intervir os credores sociaes e somente os particulares do socio devedor.²

655. No caso de rescisão da concordata e continuação da fallencia, podem apparecer nesta duas turmas de credores: credores primitivos e credores da concordata (n. 582). Todos estes credores estão sujeitos á *verificação e classificação*, e devem-se fazer também tantas classificações quantos os passivos a attender separadamente.

ARTIGO II

Distribuição do producto do activo entre os credores

Summario. — 656. Razão de ordem. — 657. Pagamento a credores da massa. 658- A credores reivindicantes. — 659. A

¹ Decr. n. 917, art. 73.

² DALLOZ, Suppl. au Repert. verb. Faillite, n. 870.

credores separatistas. — 660. Os credores da fallencia. — 661. Pagamento aos privilegiados. — 662. Aos hypothecarios. — 663. Ao chirographarios. — 664. Distribuição de dividendos. — 665. Saldo final. — 666. Credores ausentes. — 667. Dividendos não reclamados. — 668. Sobras da liquidação.

656. No capítulo VII tractaremos desenvolvidamente das differentes especies de credores e seus direitos. Aqui nos limitaremos a expor as regras sobre preferencias na distribuição do activo realiado.

657. Os credores da massa são pagos de preferencia a quaesquer outros.¹ Não estão sujeitos á lei do concurso (n. 679). Pagam-se logo; não esperam a liquidação do activo.

658. Os credores reivindicantes não são propriamente credores (n. 682). Recebem immediatamente o objecto reclamado, desde que não haja duvida nem contestação e paguem á massa as despesas feitas em razão desse mesmo objecto. Os syndicos auctorizados pela commissão fiscal entregarão a cousa reclamada na mesma especie em que houver sido recebida pelo fallido, ou aquella em que existir, tendo sido subrogada; na falta da especie será pago o valor (n. 751).

659. Os *credores separatistas* estão nas mesmas condições dos credores reivindicantes, e nenhuma questão de prioridade pode haver entre elles e os credores da fallencia quanto á parte dos bens cuja separação reclamam.²

660. Os credores da fallencia são propriamente aquelles que mais de perto soffrem a influencia do concurso, e três classes ahi se comprehendem, a saber:

¹ Decr. n. 917, art. 67 pr.

² MACKELDEY, *Droit Romain*, § 776 *in fine*

- a) credores privilegiados;
- b) credores hypothecarios;
- c) credores simples ou chirographarios (n. 676).

661. Quanto aos *credores privilegiados*, pagara-se preferencialmente aos outros credores da fallencia nos termos em seguida expostos, devendo-se notar que, em regra, devem a sua preferencia não á anterioridade da data, mas ao favor que a lei attribue a causa do seu titulo, *Privilegia non ex tempore estimantur, sed ex causa, et si ejusdem fuerint tituli, concurrunt, licet diversitas temporis in his fuerit*. Lei 32, Dig. 42, 5.

a) Se o *privilegio é geral*, são pagos pela massa sobre todo o activo e preferem a todos os outros credores da fallencia, excepto ao credor hypothecario com titulo devidamente inscripto e anterior á emissão das debentures das sociedades commanditarias por acções, ou em garantia do pagamento do preço do immovel adquirido depois della. Vide n. 771 e notas respectivas.

b) Se o *privilegio é particular*, pelo producto dos bens sobre que o privilegio reaher. Pelo saldo serão credores chirographarios.

Concorrendo os privilegiados uns com os outros a respeito dos mesmos bens, por se acharem em egualdade de direitos, são pagos em rateio se os bens não bastam (n. 769).¹

662. Quanto aos credores hypothecarios, pagam-se preferencialmente pelos productos dos bens hypothecados, e a preferencia entre elles' se regulará pelas disposições dos Decrs. ns. 160 A de 19 de Janeiro de 1890 e 370 de 2 de Maio de 1890.²

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II § 3.

² Decr. n. 917, art 70, n. III § unico.

Pelo saldo de seus credits são credores chirograpbarios.¹

663. Quanto aos credores *simples ou chirographarios*, todos têm direitos eguaes para serem pagos em rateio (pro rata) pelos remanescentes que ficarem depois de satisfeitos os credores das outras classes.

Entre estes credores não ha pois a distinguir a prioridade de tempo; não se applica o *prius in tempore, potior in jure*.

664. O juiz poderá ordenar dividendos sempre que o rateio seja superior a cinco por cento.²

Ordinariamente os syndicos, quando auctorizados para distribuirem o dividendo, marcam prazo razoavel para dentro delle os credores receberem o rateio que lhes cabe.

Por circular dirigida aos credores e por meio de annuncios pela imprensa connnunicam esse prazo, a porcentagem a distribuir e o logar onde é paga, e convidam os credores a apresentarem os seus titulos.

Os pagamentos dos dividendos serão lançados em uma folha que os credores assignarão, e nos respectivos titulos notarão os syndicos as quantias pagas.³

665. O saldo final a favor da massa, depois de deduzidas as custas e mais despesas e de pagos aos syndicos e á commissão fiscal a porcentagem arbitrada e os adeantamentos que houverem feito, determinará o ultimo rateio.⁴

666. Se dos livros do fallido ou por documento attendivel constar que existem credores ausentes, o juiz sob informação dos

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. IV, e.

² Decr. n. 917, art. 63 § 1.

³ Decr. n. 917, art. 63 § 1.

⁴ Decr. n. 917, art. 63 § 2.

syndicos e da commissão fiscal, poderá ordenar se reservem os dividendos que lhes tocarem.¹

667. Os dividendos não reclamados serão depositados nos cofres nos depositos publicos por conta de quem pertencerem.² Onde não ha deposito publico o juiz nomea depositario idoneo, sendo prudente escolher para esse fim estabelecimento bancario da maior honorabilidade.

668. Se acontecer que, pagos integralmente de capital e juros os credores, fiquem sobras, serão restituídas estas ao fallido ou a seus legitimos representantes, sendo, quando não reclamadas, recolhidas ao cofre de depositos publicos por conta de quem pertencerem.³

Se o fallido for sociedade, o juiz nomeará um liquidante para proceder a distribuição das sobras entre os socios.⁴

SECÇÃO V

Do encerramento da fallencia

Summario. — 669. Casos de dissolução do contracto de união, a) Realisação do activo e distribuição do seu producto. — 670. b) Concordata por pagamento. — 671. Pagamento integral feito pelo devedor. — 672. d) Pobreza da massa. — 673. e) Renuncia de bens. — 674. Dissolução da

¹ Decr. n. 917, art. 63 § 3.

² Decr. n. 917, art. 63 § 4. O Decr. n. 2846 de 19 de Março de 1898 deu o regulamento para o Cofre dos Depositos Publicos da Capital Federal.

³ Decr. n. 917, art. 63 § 5.

⁴ Decr. n. 917, art. 63 § 6.

massa. — 675. Regimen em que permanece o fallido.

669. Dissolve-se o contracto de união e, portanto, encerra-se á fallencia nos casos seguintes:

1.º Terminação da realização do activo e consequente distribuição do producto entre os credores.

O contracto de união cessa com o acabamento da liquidação, pois, como diz RENOUARD, nada mais havendo a liquidar, não existindo mais valores a cobrar, nem mais dinheiro a partilhar, a união fica sem objecto.¹

670. 2.º *Formação de concordata por pagamento* durante o segundo periodo (n. 545).²

671. 3.º *Pagamento integral* feito pelo devedor a todos os credores. Applica-se aqui quanto dissemos no n. 485.

672. 4.º *Abandono e pobreza dl massa*, ou melhor, insufficiencia do activo. Vide n. 486.

673. 5.º *A renuncia pura ou condicional dos bens arrecadados* feita em favor do fallido, sua viuva ou herdeiros, nos termos expostos no n. 430.

674. Encefrada a fallencia, cessam as funcções dos syndicos, que prestam contas finaes da administração (n. 608) e recebem a gratificação de seus serviços (n. 609).

¹ Iraité des Faillites, vol. 2, pftg. 156.

² A formação da concordata por pagamento seria antes uma solução dada á fallencia no seu segundo periodo, porque se dissolve a massa antes da liquidação do activo e passivo (vide n. 489), e, no caso de rescisão da concordata, pode a fallencia proseguir, mas, como rompe o contracto de união, a incluimos entre os casos do encerramento da fallencia, para não deslocar a materia.

Desapparece a massa, desaggregam-so os credores, dissolve-se a associação *sui generis* em que as forcas das circumstancias os haviam reunido.

675. O encerramento do processo da fallencia não importa reabilitação ao fallido. Esta somente tem logar nos casos que se dirá no Capitulo IX.

Esse *regimen hybrido* em que se pode achar o fallido, pondera com muito criterio o eminente THALLER, não satisfaz. E' fértil em surpresas aos teroeiros, que, não vendo o commerciante rodeado do apparelho da fallencia, o julgam estar em goso de plena capacidade. São victimas de sua credulidade.¹

¹ Droit Com., n. 1926. Algumas legislações fazem decorrer do encerrmento da fallencia a plena capacidade do fallido.

Capitulo VII

Das differentes espécies de credores e seus direitos

Summario. — 676. Diversas series de credores que podem figurar na fallencia. — 677. Credores excluidos da fallencia. — 678. Razão de ordem.

676. O Decreto n. 917 enumera as seguintes categorias ou series de credores que podem figurar no processo da fallencia: 1.º credores da massa'; 2.º credores reivindicantes; 3.º credores separatistas; 4.º credores da fallencia, comprehendendo as seguintes classes:

- a) os privilegiados;
- b) os hypothecarios;
- c) os simples ou chirographarios.¹

A expressão *credores da fallencia*, acima empregada, deve ser acceita no sentido restricto, significando todos os que, já tendo antes da abertura da fallencia pretenções pessoaes a exercer, contra o devedor

¹ O Cod. Com., no art. 873, dividia os credores do fallido em quatro classes: de dominio, privilegiados, hypothecarios e simples ou chirographarios. E' a mesma classificação observada no concurso de preferencias praticado nas execuções singulares (Regul. n. 737, art. 619) e nas liquidações forçadas das sociedades anonymas (Decr. n. 434, de 4 de Julho de 1891, art. 197 § 1).

A Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal (Decr. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898) tractando do concurso de credores e preferencias arrola os credores em cinco classes: de domínio, separatistas, privilegiados, hypothecarios e chirographarios (Parte 3.a, art. 651), e reproduz toda a materia do Decr. n. 917 sobre cada um destes credores. — Muitos Cods. mantêm nas relações juridico-commerciaes as disposições da lei civil, com pequenas modificações impostas pela natureza da fallencia taes são: o Cod. Francez, o Italiano, o Portuguez, o Argentino, o Chileno e outros, que accrescentam disposições particulares especiaes sobre a reivindicação, que na fallencia soffre ampliações e restricções.

commum concorrem na fallencia, avantajando-se uns aos outros, para serem pagos pelo producto dos bens arrecadados pela massa.¹

677. São, porém, excluidos da fallencia:

1.º Os que se apresentarem habilitados com sentença meramente de preceito, isto é, não fundada em titulos liquidos e certos definidos no art 1.º do Decr. n. 917, obtida anteriormente á declaração da fallencia.²

E' essa uma sábia providencia, consagrada desde os velhos monumentos do nosso direito civil com o escopo de evitar a fraude.³

2.º Os credores pelas despesas que fizerem com o processo ou reconhecimento de seus creditos.⁴

3.º Os credores por titulo de simples liberalidade, não incluidas as doações remuneratorias *inter-vivos* ou *mortis causa*.⁵

678. Em Secções diversas occupar-nos-emos de cada uma das series acima expostas e também dos co-obrigados com o fallido (theoria dos co-obrigados), e dos fiadores deste.

SECÇÃO I

Credores da massa

Summario. — 679. Que se entende por credores da massa. — 680. Quaes sejam

¹ MACKELDEY, Manuel de Droit Rom., § 778. A Lei Allemã; § 54, chama esses credores: credores do concurso, credores concorrentes (Konkursgläubiger).

² Decr. n. 917, art. 71, a. Cod. Com. art. 891; Regul. n. 737, art. 633.

³ Ord Liv. 3, Tit. 91 § 1; Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 42 e 43.

⁴ Decr. n. 917, art. 71, b; Lei Allemã, § 56, n. 2; Lei Hungara, art. 65, n. 1.

⁵ Decr. n. 917, art. 71, c; Lei Allemã, § 56, n. 4; Lei Hungara, art. 65, § 2.

elles. — 681. Outros credores da massa não expressamente definidos pelo Decr. n. 917.

679. *Credores da massa* são todos os que têm um direito contra a massa, considerada esta como tal.

Não são credores do fallido, não fazem parte componente da massa; esta é exclusivamente a devedora (n. 197); pode-se dizer, em certo sentido, que são credores dos credores.

D'ahi as consequencias seguintes:

1.º não são sujeitos á verificação e classificação (n. 642);

2.º não são sujeitos á lei do dividendo (n. 657);

3.º a massa é a unica responsavel até á concorrência do valor dos bens da fallencia, de modo que se estes bens não chegam para o integral pagamento dos credores da massa, nem os syndicos, nem o fallido, nem os credores deste, respondem pessoalmente pelo saldo devedor.¹

Distinguem-se, pois, muito bem os credores da massa dos credores na massa ou credores da fallencia. Do mesmo modo que o Decr. n.917,a lei allema salienta perfeitamente esta distincção entre Massegläubiger (credores da massa) e Konkursgläubiger (credores do concurso),² no que foi imitada pela lei Hungara.³

680. São credores da massa:⁴

¹ RENOARD, *Traité des Faillites*, vol. 2, pag. 205, n. 8.

² Lei Allema, arte. 50 a 53; 54 a 63.

³ Lei de 1881, arte. 47 a 50; 59 a 71.

⁴ As Leis Allema e Hungara, que serviram de fonte ao art. 67 do Decr. n. 917, fazem distincção entre despesas da massa (Massekosten) e debitos da massa (Massesehulden), incluindo ambos entre os creditos da massa.

a) os de despesas, salarios, custas, honorarios, commissões, fornecimentos referentes á arrecadação, administração e distribuição da massa fallida e á sua segurança, guarda, conservação e defesa.¹

b) Os de despesas com molestia e funeraes do fallido, depois de declarada a fallencia.² Se a fallencia é aberta depois da morte do devedor, a massa não assume a responsabilidade dessas despesas.

Despesas com molestia são as devidas aos medicos, cirurgiões, pharmaceuticos e enfermeiros, pelos serviços e fornecimentos prestados por ocasião da molestia de que fallecera o fallido. As despesas com molestias das quaes o fallido se restabelece não correm por conta da massa.³ A proposito de identica disposição da lei franceza, diz com espirito THALLER ser extravagante que o medico, para fugir á ameaça do raivido ou ao prejuizo provavel, faça morrer o doente.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 67, a. O Cod. Com., art. 876, n. II, considerava como credores privilegiados os de despesas e custas da administração da casa fallida, feitas com a devida auctorisação. O Cod. Com. Argentino confere a esses credores um privilegio geral, art. 1499, n. 1.

² Decr. n. 917, art. 67, b. O Cod. Com., art. 876, n. I, considerava credores privilegiados os de despesas funerarias feitas sem luxo e com relação á qualidade social do fallido e aquellás a que dera logar a doença de que este fallecera. A Lei Hungara, art. 49, n. 4, entre as despesas a cargo da massa, incluye as necessarias de molestia e as funerarias do fallido. Já o Direito Romano declarava privilegiados esses creditos, dando-lhes preferencia entre todos os outros privilegiados. MACKELDEY, Droit Rom., § 780; VAINBERG, La faillite d'après le Droit Rom., pag. 158 e segs.

³ E' essa a interpretação que deve ser dada á lei attendendo á expressão molestia, no singular, e á disposição do art. 876, n. I do Cod. Com. que serviu de fonte ao art. 67, b, do Decr. n. 917.

E' na verdade soberanamente injusto tractar mais rigorosamente o medico que salvou o doente do que aquelle que não teve a fortuna de triumphar da molestia.

Disposição identica á do Decr. n. 917 encontra-se nos Cods. Francez, Belga e Italiano. As Leis Allemã (§ 54 n. 4) e Suissa (art. 219) concedem privilegio aos creditos dos medicos, cirurgiões, pharmaceuticos, parteiras e enfermeiros pelas despesas do curativo e assistencia durante o ultimo anno que precedesse a abertura da fallencia.

RENOUARD, Traité des Faillites, vol. 2, pag. 210, pensa que não se deve interpretar judaicamente a letra do Cod. Francez, e que a equidade e a humanidade aconselham que se dê privilegio ao medico, quando mesmo se não tracte das despesas da ultima molestia do fallido.

⁴ Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, n. 133.

Despezas com funeraes são as feitas com a sepultura e enterro do fallido. Devem ser modicas; os funeraes de luxo e ostentação não podem ser admittidos. A massa assumindo *intuitú pietatis* a responsabindade dessas despesas, não devem ellas passar de justos limites. Se um terceiro as pagou, provando devidamente, pode reclamá-las da massa.¹

e) Os de alimentos auctorisados ao fallido, sua viuva e filhos menores.² Vide n. 246.

681. São esses os casos taxativamente expostos no art. 67 do decr. n. 917. Entretanto outros existem em que o credito deve ser também considerado da massa. Taes são:

1.º Os creditos resultantes dos contractos synallagmaticos do fallido cuja execução os syndicos exigirem por conveniencia da massa (ns. 255 e segs.).³

2.º Os direitos resultantes de um injusto enriquecimento, em virtude do principio geral de equidade: ninguém deve enriquecer-se á custa alheia. Assim, se os syndicos recebem o indebito de um terceiro que se considerava sem razão devedor do fallido, este terceiro tem a massa por devedora da somma indevidamente paga.⁴

3.º Os creditos oriundos da continuação do negocio do fallido (n. 466).

¹ O Cod. Com. Arg., art. 1499 (que considera credito com privilegio geral as despesas com os funeraes do fallido depois de declarada a fallencia) exige que taes despesas sejam feitas pelo syndico com auctorisação do juiz para que sejam privilegiadas. Essa mesma solução adoptam MASSÉ, Le Droit Com., vol. 4, n 2936 e RENOUEAU, Traité des Faillites, vol. 2, pag. 207.

² Decr. n. 917, arts. 67, c, e 142.

³ Tal é a solução das Leis Allemã, § 52 n. 2, e Hungara, art. 48, n. 2. No Direito Francez, dão a mesma solução LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 559.

⁴ Lei Allemã, § 52, n. 3; Hungara, art. 48, n. 3; LYON-CAEN & RENAULT, Traité de Droit Com., vol. 7, n. 559.

Não são credores da massa, pelos seus honorários, os advogados e os procuradores judiciaes constituídos pelo fallido para defendel-o no processo civil e criminal da fallencia ou na assistencia ás acções intentadas pela ou contra a massa.¹

SECÇÃO II

Credores Reivindicantes

(DA REIVINDICAÇÃO NA FALLENCIA)

Summario. — 682. Que se entende por credores reivindicantes. — 683. A. reivindicação *in genere* na fallencia. — 684. Extremos substanciaes desta reivindicação. — 685. Modificação que soffre esta reivindicação na fallencia. — 686. Controversias que despertam. — 687. Defeitos do Decr. n. 917. As suas disposições são exemplificativas.

682. *Credores reivindicantes*, no sentido rigorosamente juridico, são os que têm direito de reclamar, por meio de acção real, a sua

¹ Credores da massa são os advogados contractados pelos syndicos para defeza da massa, mas não os contractados pelo proprio fallido. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 28 de Novembro de' 1896, confirmado pelo de 18 de Setembro de 1897, na Revista Mensal, vols. 4, pag. 111 e 6, pag. 317.

— Credito por serviços de advocacia prestados em causa anterior e estranha fallencia não é da massa, pois o art. 67, a, do Decr. n. 917, se refere, a esses serviços quando prestados em beneficio da massa. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 31 de Março de 1897, na Revista Mensal, vol 5, pag. 373.

— Tendo sido proposta e acceita pelos credores a concordata por abandono não podem ser pagos pela massa os honorarios ajustados entre o fallido e seu advogado antes de aberta a fallencia. A importancia desses honorarios não pode onerar a massa fallida e para que se desse a subrogação dos credores (limitada as forças da massa) nessa responsabilidade seria necessario que elles a assumissem explicitamente. Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo de 9 de Outubro de 1894 confirmado pelo de 8 de Outubro de 1895 na Revista Jurid. de S. Paulo, vol. 10, pag. 162; Ao do mesmo Trib. de 5 de Fevereiro de 189 na Revista Mensal, vol. 8, pag. 136.

propriedade ou um *jus in re* sobre certos e determinados bens arrecadados pela massa faluda.¹ São elles chamados pelos expositores de Direito Romano separatistas *ex jure domini*² em razão do direito que gosam de separar os elementos do seu patrimonio do patrimonio do devedor, com o qual se junctaram somente de facto.³

O Decr. n. 917, no art. 68, denomina reivindicantes não só a esses como a outros credores especiaes que, sem disporem muitas vezes de acção real, são por um favor particular ao commercio, equiparados, áquelles.⁴

Os credores reivindicantes do Decr. n. 917 eram qualificados de *credores de dominio* pelo Codigo Commercial.⁵

683. O conceito da propriedade consubstancia-se no direito de gosar e dispor da coisa da maneira mais absoluta e exclusiva: d'ahi também o direito de o proprietario reaver a do poder de quem injustamente a detenha.

¹ MACKELDEY, Droit Rom., § 775.

² MACKELDEY, Droit Rom., § 775.

³ WINDSCHEID; Pandek., vol 2 § 272. A Lei Allemã (art. 35 e segs) emprega a palavra *Aussonderung* (separação) para exprimir a nossa *reivindicação*.

⁴ A expressão credores reivindicantes foi empregada também por TEIXEIRA DE FREITAS, na Introdução á Consol. das Leis Civis, pag. CXVI, e nos Additamentos á Doutrina das Acções de CORREA MENDES, nota 624 *et passim*, e no Vocabulário Juridico, verb. Separação de Bens.

— A sentença do Sup. Trib. de Just., de 23 de Março de 1861 (apud CANDIDO MENDES, Arestos, pag. 521) definia *credor de dominio* (que é o mesmo reivindicante do Decr. n. 917) "aquelle que tendo perdido a posse da coisa que era sua vem ao juizo da fallencia reivindicar essa posse perdida."

⁵ Arts. 873 e 874 do Cod. Com. O Regul. n. 737, no art. 619 e 620 (nesta parte applicavel ás execuções civeis, ex-vi do art. 1 do Decr. n. 763 de 19 de Setembro de 1880) também assim os denomina. O proprio Decr. n. 917, no art. 45, usa a expressão credores de dominó.

A expressão *credores de dominó* tem sido taxada de impropria e ante juridica, pois o dono da coisa não é credor do possuidor della; tem elle um *jus in re* não um *jus ad rem*; ou melhor, não a recebe em pagamento, a titulo de credor, mas, pelo direito de reivindicação, a titulo de proprietario. Consultem-se ALMEIDA E SOUZA, Execução: 686, nota COELHO DA ROCHA, Direito Civil, § 656, nota; LOUREIRO, Dir. Civil Braz., vol 2 655 e nota 2.

Egual censura cabe á expressão adoptada pelo Decr. n. 917 credor reivindicante. Bastaria ter dito reivindicante. As leis estrangeiras sobre fallencia não incluem os reivindicantes entre os credores; tractam da reivindicação em capitulo apartado, constituindo materia especial.

O exercicio desse direito constituo o que se chama reivindicação; *actio in rem est, per quam rem nostram que ab alio possidetur, petimus.*¹

E como a propriedade suppõe a especialidade, isto é, o *quid, quale, quantum sit*, a reivindicação não pode ter logar sem a existencia de uma coisa certa, determinada, individualisada, que se ache na posse da massa, devendo o reivindicaste buscal-a *in natura*, identica, tal como alli fora ter.

Na fallencia, o apparecimento da reivindicação não é, pois, um favor especial creado pela lei, mas tão somente o reconhecimento solemne de um instituto preexistente, tendo por fundamento o direito de propriedade. A *reivindicação in genere ha per base la proprietà, per causa il fallimento*, tal é a formula que sobre o thema estabelece SUPINO.²

Nada mais facil de ser comprehendido e applicado na fallencia do que a reivindicação considerada sob o aspecto acima exposto.

684. Eis porque, para ser reivindicante *in genere*, deve o reclamante provar os seguintes extremos substanciaes:

- a) a sua qualidade de proprietario;
- b) a existencia da coisa reclamada na posse da massa.³

¹ L. 25, Dig. 44, 7.

² *la Reivindicazione nel Fallimento*, pag. 12. THALLER, Des Faillites en Droit Comp., vol. 2, pag. 103, nota 1, adhere a essa formula de SUPINO, accrescentando: "En d'autres termes, la faillite fournit à la prétention du demandeur une simple occasion de s'exercer, mais elle ne doit pas, en tant que modedistinct de liquidation, diminuer les effets de l'action."

³ Ve-se por ahi quaes os elementos caracteristicos e differenciaes da propriedade e da obrigação. A propriedade, em toda a sua energia, é um poder absoluto de direito e de facto sobre uma coisa corpórea: *Jus et facultas de re corporali slatuendi ut quis velit, nisi si quid jure prohibeatur* (DONNELUS, Comment. lib. 9, cap. 8, § 16). Mas a obrigação, qualquer que seja, não torna proprietario; ella se limita. dar, a fazer ou a prestar: *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prostandum* (PAULO, L. 3 Dig. 44, 7). Vide sobre propriedade e obrigação, GIORGI Obbligazioni, vol. 1, Preliminari, ns. 1 a 10.

A prova destes requisitos deve ser completa¹ e a do primeiro, da propriedade que incluye a da identidade,² deve em muitos casos apresentar serias difficuldades. As transacções commerciaes são de ordinario complicadas; realisam-se promptamente, as vezes verbalmente ou por meio de uma correspondencia laconica e pouco explicita. As operações começadas mudam muitas vezes de natureza; uma consignação torna-se venda; uma venda, deposito; frequentemente falta o consentimento reciproco ou somente tarde vem elle sancionar estas convenções. Não é possível estabelecer regras; aos juizes cumpre examinar na corespondencia, nos livros, nas testemunhas, as razões de decidir.³

685. Os principios da reivindicação *in genere* são entretanto, no instituto da fallencia, modificados para se emprestar os direitos de proprietario a credores do fallido que, dispondo, por ocasião da declaração da fallencia, de uma acção pessoal (um direito obrigacional, um direito de credito), por motivos muito particulares merecem da lei uma protecção ou condescendencia especial. Tracta-se de um daquelles casos em que se pode applicar o que dizia CASAREGIS: *coram publici commercii utilitate, omnes regulae juris silere debent*;⁴ ante interesse do commercio devem calar-se todas as regras de direito.⁵

A lei, ora restitue a taes credores a qualidade de proprietarios que haviam perdido, ora esquece a exigencia da identidade da cousa, creando em vez da reivindicação impossivel de uma cousa que não existe

¹ Por isso se dizia outrora: *probatio diabolica* do direito de propriedade.

² Cod. Com. Argentino, art. 1504: "A prova da identidade será adiitada ainda quando se encontrem desfeitos os fardos, abertas as caixas e diminuido o numero."

³ DALLOZ, Repert., verb. Faillite, n. 1211.

⁴ Disc. 144, n. 34 e Dise. 190, n. 13.

⁵ SUPINO, em sua interessante monographia, *La Rivendicazione nel Fallimento*, pag. 15, expõe com admiravel clareza o desdobramento historico do instituto da reivindicação em materia de fallencia, examinando-o desde o Direito Romano e os estatutos florentinos até aos nossos dias. E' digno de leitura.

em poder da massa, mais do que um privilegio,¹ já sobre o producto da venda,² já sobre aquillo em que ella fora subrogada, já finalmente pobre o seu valor.

O instituto da reivindicação na fallencia não se apresenta pois, em alguns casos, com aquella pureza e rigorismo que se observa no direito commum. O Decr. n. 917 no art. 68 in pr. avisa-nos logo desse desvio nas palavras que emprega: “são credores reivindicantes, quer tenham acção real ou rei persecutoria, *quer não*, propriedade plena ou jus in re...”

Estamos, portanto, ante um thema dirfícil e escabroso, onde a cada passo entram em lucta os principios exactos e austeros do direito com equidade aconselhada pelos interesses do commercio e bem acceita pela propria lei: onde ao lado da verdadeira reivindicação, consequencia do direito de propriedade, é collocado um systema de principios que impropriamente recebe também essa designação.³

¹ *Mais que um privilegio* para que efficazmente ficasse tutelado o direito do credor. A reivindicação tem como resultado a restituição *in natura* do objecto ao reivindicante; o privilegio confere ao credor apenas o direito de ser pago do seu credito preferencialmente a todos os outros sobre o valor do objecto sujeito ao privilegio (RUBEN DE COUDER, *Droit de Droit Com.*, verb. Revendication, n. 19; CUZZERI, *II Cod. Com. Ital. Commntato*, 7, n. 622).

Fica assim assignalada a differença entre a reivindicação e o privilegio.

² O proprio dinheiro, a coisa mais eminentemente fungivel, que é menos uma species do que um valor, uma quantidade (genus, quantitas), o dinheiro que nada tem que o distinga do dinheiro — money has no ear mark by which it can be distinguished (PALEY, pag. 83, apud DELAMARRE ET LE-POITVIN, *Droit Com.*, vol. 3, n. 200), torna-se reivindicavel na fallencia.

³ Eis o que diz VIDARI, *Corso*, vol. 8, n. 8382, sobre casos identicos considerados pelo Cod. Com. Ital. como de reivindicação. “In questi casi il nome di rivendicazione è improprio; ma la legge, più che alle parole baldando ai fatti, non va tanto pel sottile, ed applica pure ad essi le norme della rivendicazione, perche di queste veramente hanno bisogno.”

— No proprio Direito Romano, tão puro e exacto em seus principios, encontram-se pessoas que, tendo tão somente um direito de credito, gosam da acção de reivindicação como se tivessem a propriedade. Referimo-nos á vindictio utilis, concedida; a) ao pupillo sobre os bens adquiridos pelo tutor com os bens daquelle (L. 2, Dig. 26, 9; L. 3, Cod. 5, 51); b) aos soldados para haverem as cousas compradas com o seu pecúlio castrense por terceiro que as faz suas; e) ás egrejas e estabelecimentos pios, cujos propostos ou administradores compraram cousas para si com os fundos da egreja (MACKELDEY, [*Droit Rom.*, § 775); d) a mulher para reivindicar as cousas compradas por seu marido com o dinheiro que ella lhe transferiu em doação. e) para reivindicar a

686. A reivindicação na fallencia desperta quasi sempre graves controversias. Os interesses em jogo não são para desprezar; de um lado a massa dos credores esforçando-se por evitar o depauperamento do activo da fallencia, de outro o desejo, aliás natural, que experimentam os credores de fugir a lei do dividendo.

Deve, pois, a reivindicação ser exercida com a maxima prudencia para que se evitem as fraudes e abusos, não sendo permittido esten del-a alem dos limites legaes, devendo o juiz, em caso de duvida, pronunciar-se contra o reivindicante e a favor da massa dos credores.¹

687. Se insufficientissimas eram as disposições do art 874 do Cod. Com.,² as do art 68 do Decr. n. 917 resentem-se, por sua vez, de gravissimos defeitos. Casuistico, este Decr. fez uma longa enuneração de circumstancias em que apparece a qualidade de reivindicante, e descuidado, trouxe disposições contradictorias a outras já existentes proprio corpo da lei, complicando extraordinariamente uma matéria que precisava ser regulada com a maior simplicidade e clareza.

Os quatorze casos arrolados podiam, sem sacrificio do assumpto, se reduzir a três ou quatro.³

doação feita sob condição de fornecer alimento, quando doado recusa cumprir a condição (VAINBERG, La Faillite d'apres le Droit Rom., pág 167. Vide WINDSCHEID, Pandek., vol. 1 174, nota 9, e vol 2 272.

¹ CUZZERI, Il Codice Com. Ital. Commentato, vol. 7, n. 628.

² Vide o que disse sobre o art. 874 do Cod Com, o relatoria do Ministro da Justiça de 7853, apud ORALANDO, Cod Com., nota 1363.

³ O Cód. Com. Francez reduz as suas disposições sobre reivindicação a quatro principaes: 1 a reivindicação dos effeitos de commercio ou outros expedidos ao fallido; 2 a de mercadorias depositadas e consignadas e seu preço; 3 a de mercadorias vendidas e entregues ao fallido; 4 a da mulher do fallido. Mais ou menos seguem esse systema os Cods. Belga e o Italiano. As Leis Ingleza, *Bankruptcy Act*, 1883, Sch 44, a reivindicação foi implicitamente comprehendida. O cód Portuguez, no art. 129, limita-se a dizer: "...quaesquer...bens de terceiros serão entregues a seus donos". O Cod da Republica Argentina traz muitas disposições doutrinarias, que não raras vezes obscurecem e confundem a materia.

Convem notar que, apesar de tudo isso, o art 68 do Doer, n. 917 não comprehende todos os casos possiveis de reivindicação; apenas os mais frequentes em que a condição juridica de reivindicante deve prevalecer. Os que foram proprietarios, a qualquer titulo, de bens existentes em poder da massa e que puderem justificar esta propriedade têm o direito de reivindicar-os, segundo os principios de direito commum. O art 150 do Decr. n. 917 offerece irrespondivel argumenta em prova desta asserção.¹

ARTIGO I

Diversos casos de reivindicação

Summario. — 688. Razão de ordem.

688. Exposta a theoria geral da reivindicação na fallencia, acompanharemos o Decr. n. 917 na enumeração dos casos ou situações mais frequentes onde apparece a qualidade de reivindicante.

¹ A Cam. Com. Da Capital Federal, em Ac de 11 de Setembro de 1894 (contra o voto do Juiz MONTENEGRO), confirma pela Corte de Appellação, reconheceu como taxativa ou restrictiva a disposição do art. 68 do Decr. N. 917 em virtude principalmente dos termos que meprega- são credores reivindicantes (O Direito, vol. 69. pág. 56 a 80)

A razão de decidir é fraca, como se vê, não resiste a mais tênue analyse. Basta que se leia o art. 150 do Decr. N. 917 que permite, segundo os princípios de direito commum, a terceiro reivindicar o que é seu arrecadado para a massa.

A disposição do art 874 do Cod. Com. foi sempre entendida pela doutrina e pela jurisprudência como exemplificativa ou ampliativa. Devisão em conferencia do Inst. Da Ordem dos Advg. Da Corte, de 11 de Outubro de 1860.

§ 1º.

A) O dono de coisa adquirida pelo fallido de quem não era o proprietario.¹

Summario. — 689. Em referencia aos moveis a posse vale o titulo. — 690. Intelligencia do art. 68, a, do Decr. n. 917.

689. No Direito Civil o proprietario de coisa movel ou immovel tem o direito de reivindicar-a de quem quer que a detenha, seja mero retentor, seja possuidor de boa ou má fé.² Tal principio, porém, não pode ser acceito de modo tão absoluto, relativamente aos effeitos moveis que constituem o objecto do commercio.³ Exige este que não so negue ao adquirente de boa fé a qualidade de proprietario da coisa alienada a *non domino*, salvo os casos de perda ou furto.

E' esse tambem o principio adoptado no Decr. n. 917, art. 23 § 3, e na lei n. 149 B de 26 de Julho de 1893, art. 13, com relação aos titulos ao portador, principio triumphante nas legislações modernas, as quaes todas têm adoptado a theoria allema, resumida no adagio *Hand muss Hand wahren*⁴ e que podemos exprimir nestes termos: em referencia aos moveis a posse vale o titulo.¹

¹ Decr. n. 917, art. 68, a.

² LAFAYETTE, Dir. das Cousas, § 82, n. 8. O Direito Romano, subsidiario do nosso, admitida a usucapião dos moveis, e, consequentemente, a possibilidade de sua reivindicação. Em nosso direito civil a prescrição para as cousas moveis e de três annos — LAFAYETTE, Obr. cit. § 67; no commercial é instantanea, salvo os casos de perda ou furto.

atrada OELAHDO, God. Com., nota 1396; TEIXEIRA DE FREITAS, Addit. ao Cod. Do Com. art. 874, pag. 1208. A jurisprudencia parecia, entretanto, discordar da doutrina, como nos mostram a sentença do Sup. Trib. de Just. de 13 de Abril de 1861 e o Ac. Revisor da Relação da Bahia, de 9 de Setembro de 1861 apud MAFRA, Jurisp. dos Trib. vol 3, pag. 7).

³ Reg. n. 737, art. 19.

⁴ O brocardo *em referencia a moveis a posse vale o titulo* está consagrado nos Codigos Civis Francez, arts. 2279 e 2280: *en fait de meubles la possession vaut titre*; Italiano,

690. A posse dos efeitos moveis é um dos elementos da manifestação exterior da solvabilidade do commerciante; é muitas vezes em attenção a esta que o seu credito se firma e que terceiros contractam.

A doutrina exacta, pois, sobre este thema nos é fornecida pelo art 23 § 3 do Decr. n. 917, baseado especialmente na doutrina do Codigo Federal Suisso das Obrigações, art 205: o adquirente de boa fé² é proprietario da coisa movel adquirida de quem mesmo não fosse dono,

arts. 707 a 709: Riguardo ai bem mobili per loro natura ed ai titoli ai portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo; Belga, arts. 707 a 709; Austriaco, arts. 366 e. 367; Cod. Com. Allemão, arts. 806 a 308; Cod. Civil Allemão, art. 1006: "O possuidor de coisa movel presume-se ser proprietario. Comtudo, essa presumpção não prevalece relativamente ao possuidor anterior no caso de roubo, perda, ou subtracção por qualquer outra maneira, salvo se se tracta de dinheiro ou de titulos ao portador" Codigo Federal Suisso das Obrigações, arts. 205 e 206, segundo os quae os unicos moveis sujeitos á reivindicação são os que o proprietario perdeu ou os que foram roubados, devendo ser embolsado o valor delles ao detentor, se os comprou em mercado publico ou a mercador.

¹ Vide DIDIMO, Cod. Com. Braz., vol. 1 nota 191, a pag. 373 e segs; TEIXEIRA DE FREITAS, Addit. a Consol. das Leis Civis, pag. 571 e na edição de CORRÊA TELLES, Doutrina das Acções, nota 313; INGLEZ DE SOUZA, Titulos ao Portador, n. 116 e segts; FOLLEVILLE, *Traité de possession de meubles*, ns. 52 e segts.; MAZZONI, Diritto Civil Italiano, vol. 3, n. 22 e segts. e nota 3 ao n. 24.

— É digno de leitura attenta o Ao da Camars Commercial, de 19 de Janeiro de 1893, confirmado pela Corte de Appellação em Ac. de 27 de Junho do mesmo anno, cuja summula é a seguinte: a) a disposição do art. 27 § 3 do Decr. n. 917 é amphavel por sua natureza a casos diversos dos da fallencia; b) a posse dos moveis e dos titulos ao portador equivale a titulo; e não ha como applicar o Dir. Civil em boa parte as questões que se originam dos titulos ao portador. Deve-se recorrer ao subsidio da legislação mercantil das nações civilisadas; d) a excepção do caso de furto do cit. § 3 do art. 27 do Decr. n. 917 não comprehende a apropriação indebita, abuso de confiança ou furto improprio; e) o dono de titulos ao portador empenhados por terceiro não pode reivindicar- os de quem os possui em boa fé. Vejam-se esses Accordams n'O Direito, vol. 65, pag. 53 e segts.

² A noção juridica da boa fé é assim precisada por HABERSTICH, Manuel de Droit Federal des Obligations, vol. 1, pag. 376: "E' adquirente de boa fé o que, fundando-se em titulo legitimo para transferir a propriedade, recebe a coisa das mãos do detentor e não tem motivo para duvidar da propriedade desse detentor."

O Tribunal Federal Suisso deu a importante definição seguinte: A boa fé do adquirente deve ser entendida como a convicção sincera de não lezar direito nenhum alheio apropriando-se da coisa. E' excluida não só quando o adquirente conhecia positivamente o obstaculo que se oppõe a tornal-o proprietario (falta de propriedade no alienador), como, quando, em virtude das circumstanoias, conformando-se aos principios da lealdade commercial e prestando attenção devida, deve reconhecer que a sua aquisição contraria ao direito. Em outros termos, a boa fé é excluida, quando o acto de aquisição assenta em uma negligencia grave e indisciplpavel, consistente, quer na falta de attenção extraordinaria, quer na incuria culpavel do direito alheio. Apud ROSSEL, Droit Fed. eles Oblig., n. 255.

salvo os casos de perda ou furto. Nas mesmas condições, os terceiros perdem todos os direitos reaes que poderiam ter sobre a dita cousa.

E' com essas restricções que devemos entender a disposição do art. 68, a, do Decr. n. 917, que aliás não prima por clareza.

§ 2.º

B) O dono de cousa em poder do fallido por titulo de deposito, penhor, antichrese, administração, arrendamento, commodato, usufructo, uso e habitação.¹

Summario. - 691. Posse do fallido a titulo precário. — 692. Particularidades sobre o deposito. — 698. Sobre o penhor. — 694. Sobre o arrendamento. — 695. Sobre o commodato.

691. Em todos os casos expostos na epigraphe acima, o fallido possui a titulo precário; não tem a propriedade da cousa que se acha em seu poder. A massa deve fazer a restituição ao legitimo dono.

As palavras *em poder do fallido*, empregadas pelo Decr. n. 917, devem ser entendidas em termos habeis. Não é indispensavel que o fallido detenha pessoalmente; basta ter sobre a cousa plena e absoluta disponibilidade.

692. Sem entrar na apreciação minuciosa de cada um daquelles casos, notaremos algumas particularidades.

Quanto ao deposito. A reivindicação, que o Decr. n. 917 concede ao depositante para haver a cousa depositada, é a mesma *actio*

¹ Decr. n. 917, art. 68, b. E' a mesma disposição do art. 874, n. I do Cod. Com. com accrescimento da antichrese, uso e habitação. Identica disposição no Reg. 737. art. 620 § 1.

directa depositi, é a massa dos credores não pode oppor outra defeza senão a permittida no processo commum.¹

O deposito não se presume; se voluntario, deve ser provado na forma dos arts. 280 e 281 do Cod. Com.;² se judicial, com o termo ou auto assignado pelo depositario.³

Só o deposito regular, isto é, o deposito tendo por objecto cousas *não fungiveis*, dá direito á reivindicação, pois que o depositante conserva o dominio. No deposito irregular o dominio transfere-se ao depositario, que se obriga somente a devolver outro tanto, uma quantidade igual, porém não as mesmas cousas que recebeu. Eis porque não é reivindicante o depositante de dinheiro, quando o depositário tiver a faculdade de fazer uso delle ou de empregal-o em operações civis e commerciaes, vença ou não juros.⁴

¹ Reul, n. 737, arts. 273 e 278.

² Sent. do Sup. Trib. de Just. de 9 de Abril de 1862, em CÂNDIDO MENDES, Arestos, pag. 554; Ac. da Rel. do Rio de 14 de Março de 1876 em ESPOZEL, Revista, de Março de 1876, pag. 95 e 96.

³ Ord. Liv. 1, Tit. 24 § 21; Regul. n. 737 arts. 328 e 511 3, etc.

⁴ Decr. n. 917, art. 68, § 1. Cod. Com. art. 875. Identica disposição no Cod. Com. Argentino, art. 1498.

— A jurisprudencia tem hoje assentado que não é propriamente titulo de deposito aquelle que tem por objecto dinheiro sem a precisa *individuação*, de modo a não poder ser restituído em sua identidade. Accs. do Conselho do Trib. Civil e Crim. da Cap. Fed. de 15 de Julho de 1893, n'O Direito, vol. 68, pag 39, e de 18 de Novembro de 1897 na Revista de Jurisp. vol. 1, pag. 239; Ac. §1 da Cam. Com. de 30 de Dezembro de 1895, no Jornal do Commercio, de 7 de Fevereiro de 1896.

— Não ha contracto de deposito de dinheiro em moeda papel, se apenas se designa o numero e valor das cédulas sem a indispensavel determinação do numero e respectiva estampa. Ac. do Trib. Civil e Crim. de 3 de Fevereiro de 1898, na Revista de Jurisp., vol. 2, pag. 313.

— Quando dos termos em que estiver redigido o titulo se deduzir que a obrigação do depositario é entregar o *mesmo valor* e não as *mesmas moedas* (papel ou moeda metallica), não ha deposito regular, e portanto o depositante não é credor reivindicante. Ac. do Conselho do Trib. Civil e Crim. de 15 de Julho de 1893 n'O Direito, vol. 63, pag. 39.

— Outrora a jurisprudencia não era tão rigorosa. (Vide, entre muitos. Ac. do Trib. do Com. do Rio e Sent. do Sup. Trib. de Just. n'O Direito, vol 1, pags. 263 a 265). Em todo o caso muito preponderava a opinião do exiimo TEIXEIRA DE FREITAS, na Consol. das Leis Civis, nota 4 ao art. 433: "Nego a qualidade de credores de dominio a credores por titulo de deposito, quando o deposito for irregular. Ha deposito regular de dinheiro,

Cheques, visados ou não, conservam o seu character de instrumento de pagamento, e a provisão que representam, no caso de fallencia do devedor, não pode ser considerada como credito reivindicante, porque não é deposito regular.¹

693. *Quanto ao penhor.* O devedor do fallido pode pagar e exigir da massa a restituição da coisa que entregou era penhor. Pouco importa que esse penhor não fosse validamente constituido; poderia isso. influir sobre o exercicio do direito do penhor, porém não sobre a reivindicção, porque em todo o caso não ha duvida sobre a propriedade da coisa.²

694. *Quanto ao arrendamento.* E' essencial que a coisa arrendada esteja na posse do fallido e que a fallencia extinga o contracto como se disse no n. 281. O proprietario não pode reivindicar a importancia de rendas ou alugueis não pagos; cabe-lhe simplesmente o privilegio de que tracta o art. 70 n. II, a, do Decr. n. 917.³

695. *Quanto ao commodato.* Este contracto está definido na Ord. Liv. 4.º tit 53 pr. e § 1.º: "a concessão graciosa que se faz de alguma coisa para certo uso, devendo ser restituída *in specie*."

quando o dinheiro é depositado como coisa não fungivel, isto é, para não ser gasto, pelo depositario, só para ser guardado; como implicitamente nos casos de individualisal-o — um cofre, um embrulho, um pacote rotulado ou qualquer outro continente individualisador (SAVIGNY, Obrig., tomo 2, pag. 73)."

— Na vigencia do Codigo Commercial julgou-se que: credor de dominio era o acceitante de uma letra, que havendo sido paga e em confiança continuava em poder do portador, mais tarde fallido, este a deu em caução, e não a resgatou em tempo, tendo o acceitante pago novamente ao terceiro portador. O Direito, vol. 5, pag. 104. Essa decisão mereceu censura por tractar-se de dinheiro por obrigação resultante de um abuso de confiança, e não de nm deposito (TEIXEIRA DE FREITAS, Add. ao Cod. Com., Observação, á pag. 1207).

¹ Ac. da Camara Commercial de 13 de Setembro de 1892, confirmado pelo Ac. da Corte de Appellação de 16 de Janeiro de 1893 n'O Direito, vol. 61, q pag. 557 a 559. São dignos de leitura e estudo esse Ac e os bellos trabalhos dos advogados que pleitearam a causa.

² O SUPINO, La Revendicazione nel Fallimenta, n. 28.

³ Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 10 de Setembro de 1897, na *Revista Mensal*, vol. 6. pag. 282 e 283.

DONELLUS habilmente define o commodato “comnodare est rem quae usu non consumitur seu mobilem seu immobilem utendam gratis dare praescripto utendi fine aut modo.”

Qualificam o commodato:

a) a tradição ou entrega do objecto. O commodato é um contracto real;¹

b) o uso certo, determinado, que o commandatario tem de fazer desse objecto;²

c) a *gratuidade* desse uso. Qualquer remuneração transformaria o conceito do commodato;³

d) a obrigação de restituir o objecto *in specie*, depois de feito o uso determinado.⁴

O commodato não constitue acto de commercio quando mesmo se dê entre commerciantes; é consequentemente regido pelos principios de direito civil.⁵

¹ O Com. Juris civ. XIV, 2, 2 segs.

TERRINI, em appendice ao § 853 da tradução italiana de GLUCK, Pandect, vol. 13, escreve: “Il commodato é un atto che non ha avuto la sua origine nei rapporti fra superiori e inferiori, ma in quelli amichevoli tra uguali; la cosa viene posta Che venga in genre concesso l’uso e il godimento di una cosa? É concesso in quanto serve a uno scopo prefisso.”

² SERAFINI, Diritto Romano, § 133; CLOVIS. Dir. das, Obrig., § 133.

³ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, Consol. das Leis, Consol das Leis Civis, art. 499; ROSSEL, Droit Fed. Suisse des Oblig., n. 423.

⁴ Ord. Liv. A, tit 53 1; SERAFINI, Obr. Cit., 133; ACCARIAS, Droit Rom, vol 2n. 595.

⁵ RUBEN DE COUDER, Dict. de Droit Com., verb. Prêt, n. 8; Billeux sur BOULAY-PATY, Traité des Faillites. vol 2, na. 934 e 935.

§ 3.º

C) Os donos de mercadoria em comissão de compra ou venda, transitio ou entrega.¹

Summario. — 696. Situação do committente na fallencia do commissario. — 697. Comissão del credere. — 698. Comissão de compra. — 699. Comissão de venda. — 700. O systema do Deer. n. 917 nesse assumpto. -701. Direito do committente quando o commissario não chega a receber o producto da venda. — 702. No caso de haver conta corrente. — 708. Significação das palavras producto da venda. — 704. Á reivindicação no caso de adeantamentos feitos e responsabilidades assumidas pelo commissario em beneficio do committente.

696. Define-se aqui a situação do committente na' fallencia do commissario.²

Em virtude do contracto de comissão as mercadorias vêm ao poder do commissario a titulo precario e não translativo de dominio, que justifica o direito de reivindicação conferido ao committente.

697. O *del credere*, constituindo tão somente o commissario garante solidario da solvabilidade e pontualidade daquelles com quem tracta por conta do committente, sem que possa ser ouvido com reclamação alguma,³ é da natureza do contracto de comissão, não o altera nem o innova, não transfere ao commissario a propriedade das

¹ Decr. n. 917, art. 68, e. Cod. Com. art. 874, n. II.

² Vide n. 802 sobre os direitos do commissario na fallencia do committente.

³ Cod. Com. art. 179.

mercadorias e, conseqüentemente, não tira ao committente a qualidade de reivindicante.¹

698. *Commissão de compra.* O commerciante encarregado pois, outrem de fazer compras, embora em suas relações para com terceiros iseja o verdadeiro comprador (Cod. Com. art. 166), é, quanto ao seu committente, um mandatario; não adquire a propriedade das cousas compradas, e a prova está em que não é preciso uma nova venda para transferil-as ao committente.²

Se, pois, o commissario é declarado fallido antes de expedir ao committente as cousas compradas em commissão, este, na qualidade de proprietario, tem o direito de reivindicar-as da massa.

699. *Commissão de venda.* O commissario, recebendo a mercadoria para vender, conserva-a sob sua guarda, como se fora depositario (Cod. Com., art. 170).³ Enquanto a venda não se realiza ou quando a ordem de venda é cassada, o committente continua sempre proprietario da mercadoria. Se, pois, o commissario é declarado fallido,

¹ Sent. do Sup. Trib. de Just. de 17 de Fevereiro de 1877. e Ac. Revisor do Maranhão de 5 de Junho de 1877 n'º Direito, vol. 12, pág. 621 e vol. 13, pag. 713. O Cod. Com. Argentino, art. 1614 *in fine*, dispõe expressamente nesse sentido.

² PARDESSUS, Cours de Droit Com., vol. 3, n. 1277.

³ A *commissão de venda de cafés* na praça de Santos apresenta um typo curioso de operação mercantil, muito interessante e digno de ser estudado em seus detalhes e nos differentes prismas que offerece.

Em primeiro lugar, a mercadoria nem sempre é vendida tal como é recebida em consignação pelo commissario. Este procede á liga dos cafés quando aconselhada pela conveniencia da melhor collocação do género no mercado e portanto, em regra, a beneficio do committente, e faz o ensaque apropriado para a exportação. Este ensaque é negocio particular do commissario.

Em segundo lugar, as vendas são sempre feitas a dinheiro com desconto de 30 dias contados da data da venda. Quer isso dizer que o comprador tem a faculdade de retirar a mercadoria dentro do prazo de trinta dias, mas com a condição de pagar-a no acto da retirada, gosando o desconto convencionado caso retire antes desses trinta dias. A condição do pagamento no acto da retirada é, em regra, modificada pela boa fé, pois o exportador (que de ordinário é o comprador) somente paga o lote comprado depois de todo elle se achar a bordo, quando lhe ó permittido negociar o conhecimento de frete nos bancos.

Em terceiro lugar, o commissario que, como dissemos, vende a dinheiro de contado, reserva-se o direito de entregar ao committente o producto liquido da venda trinta dias depois da data da conta apresentada. Nesta conta não faz a declaração do nome e domicilio do comprador, nem do prazo estipulado com o comprador, como exige o art. 177 do Cod. Com. no contracto de commissão.

cessando *ipso facto* o contracto de comissão (n. 273), o proprietario da mercadoria tem o direito de reivindicar-a, retirando-a do activo da fallencia.

A reivindicação do committente não se limita, porém, ás mercadorias, no todo ou em parte, encontradas ainda não vendidas em poder do commissario, por ocasião da fallencia deste.

O producto da venda, recebido pelo commissario antes da sua fallencia, substitue a mercadoria (*pretium succedit loco rei*), salvo se é creditado em conta-corrente, por *auctorisação do dono* (committente), caso em que este passa a ser credor chirographario,¹ em virtude da novação operada (n. 264).

A expressão legal — *por auctorisação do dono* lembra tão somente que a conta-corrente é um contracto bilateral, dependente da vontade de ambas as partes, a qual pode ser expressa ou tacitamente manifestada (n. 260).

700. Emprestando a qualidade de reivindicante ao committente de cuja mercadoria já vendida foi pago o preço ao commissario antes da fallencia deste, afasta-se o Decr. n. 917 de quasi todas as legislações, estabelecendo um principio excepcional, que aliás não manteve no caso identico do mandato cogitado no art. 68, d. Entre as leis européas só o Cod. Com. Hespanhol (art. 909, n. 7) consagra analoga disposição, aliás defendida pelo eminente THALLER como a solução mais equitativa na hypothese.²

701. Se o commissario não recebeu o producto da venda até ao dia da declaração da fallencia, o committente mantém com maioria de razão a sua posição de reivindicante sobre o preço que aos representantes da massa for pago pelo comprador.³

¹ Decr. n. 917, art. 68 § 2. Terminou-se assim a grande divergencia que existia na vigencia do Codigo Commercial. O Decr n. 917 seguiu a doutrina do Ac. Revisor n. 8290 do Rel. do Rio, de 22 de Setembro de 1873, n'O Direito, vol. 1, pag. 473 e do Ac. da mesma Rel. de 29 de Fevereiro de 1876, apud ORLANDO, Cod. Com., nota 1364.

² Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, n. 141.

³ O Cod. Com. Francez (art. 575), o Italiano (art. 803) e outros dão ao committente o direito de reivindicar o preço ou a parte do preço das mercadorias não pagas em dinheiro

D'ahi o seguinte corollario: se o comprador da mercadoria consignada também fallir antes de pagar o preço, a fallencia do commissario não restitue ao committente senão quanto receber da fallencia do dito comprador (pois o *producto da venda, em que foi subrogada a mercadoria, é recebido em moeda de fallencia*), salvo os casos exceptuados no art. 175 do Cod. Com.,¹ nos quaes o committente vem também á fallencia do commissario, como se este fosse um fiador, nos termos do art. 70, n. IV, § 1 do Decr. n. 917.

Só impropriamente se diz que o committente naquelle caso tem o direito de *reivindicação*; tem antes um *privilegio* (n. 685).²

702. Assim também, não obstante commissario e committente estarem em conta-corrente, se aquelle aguarda o pagamento do preço da mercadoria vendida para creditar a este e antes daquelle pagamento é declarado fallido, o committente é credor reivindicante, porque, encerrando-se a conta-corrente desde o dia da abertura da fallencia,³ subsistem somente as relações puras do contracto de com missão. A novação não chegou a operar-se.

703. A expressão — *producto da venda*, correspondente á palavra *preço*, deve ser entendida no seu mais amplo sentido, designando

ou por outro modo, nem annotadas em conta-corrente entre o commissario fallido e o comprador.

Essa expressão reivindicação do preço tem sido justamente taxada de impropria, porque o que se acha na fallencia do commissario é somente o direito de o comprador haver o preço da venda, e as Leis Allemã (§ 38 e Suissa (art. 202) a evitaram habilmente substituindo-a por est'outra: *cessão de credito contra o comprador*.

¹ Não importa que o art. 68 § 3 do Decr. n. 917 diga que quando a coisa não exista em espécie, será pago ao dono o seu valor. Tracta-se ahi da reivindicação no sentido ordinario e não de um caso particular dominado por principios especiaes.

O art. 175 do Cod. Com. preceitua que o commissario não responda pela insolvencia das pessoas com quem contractar em execução da comissão, salvo os casos expressos. A fallencia do commissario não pode destruir esse principio, tornando melhor a posição do committente.

² E' interessante a seguinte disposição da Lei Suissa no art. 202: "Lorsque le failli a vendu une chose appartenant à autrui et n'en a pas touché le prix avant l'ouverture de la faillite, le propriétaire a le droit d'exiger la cession de la créance contre l'acheteur ou la restitution du prix, s'il a été versé à la masse, le tout contre remboursement de ce qui peut être dû à celle-ci pour la dite chose."

³ Decr. n. 917, art. 21.

a prestação promettida e devida pelo comprador como equivalente da coisa vendida, prestação que pode ser uma quantia em dinheiro ou mesmo, por exemplo, uma coisa dada em troca.

Assim, pois, as letras, ordens ou outros titulos eutregues pelo comprador ao commissario como producto da venda são reivindicaveis pelo committente quer existam em carteira do fallido, quer em poder de terceiro endossados sem transferencia de propriedade.

704. Se, contando com a remessa da mercadoria, o commissario adeanta ao committente certa quantia, ou se acceita letras ou assume qualquer compromisso por conta do committente, comquanto não exista conta-corrente, o direito de reivindicação somente pode ser exercido se este pagar á massa tudo quanto a ella dever.¹ Isso porque não se tracta mais de um contracto paro de coraraissão, e a massa, representando o fallido, pode exercer o *direito de retenção* para se pagar do quanto lhe deve o committente.

§4.º

D) O dono de coisa, embora fungivel, em poder do fallido por efeito de mandato, inclusive dinheiro, efeitos de commercio ou titulos a elles equiparados, endossados sem transferencia de propriedade, ainda não pagos ou em poder de terceiro em nome do fallido na epocha da fallencia²

¹ PANDESSUS, Cours de Droit Com., vol. 3, n. 1278.

² Decr. n. 917, art. 68, d. O Cod. Com. não incluía expressamente o mandante entre os credores de dominio, comquanto nunca se duvidasse deste ponto. Argumentava-se que o mandatario se reputava, em direito, depositario, e era um administrador do alheio, casos estes contemplados no art 874 n. 1 do Cod. Com. Assim se julgou. Vide decisões n'O Direito, vol 10, pag. 757 vol 23, pag. 614; vol. 36, pag. 79 e vide CONS. OLEGARIO, Exame critico n'O Direito, vol. 1, pag. 19. Parece-nos, entretanto, que o Cod. Com. contemplava. o mandante na disposição do art. 874 n. IV, pois as remessas para fim determinado suppunham o mandato.

Summario. — 705. Posição do mandante na fallencia do mandatario. — 706. A liquidação commercial. — 707. Reivindicação do dinheiro e de titulos de credito. Suas condições. — 708. Reivindicação de titulos ao portador.

705. O mandatario não adquire o dominio da coisa que nesta qualidade recebe, e que é sempre do mandante, ou de quem, por direito, elle represente. Se o mandatario fallir, o dono da coisa vem tiral-a: do activo arrecadado.

Em geral, o mandante para exercer o seu direito de reivindicação; precisa que a coisa por elle entregue esteja em poder do fallido ou de alguém em nome deste por ocasião da abertura da fallencia. O mandante, confiado na solvabilidade do mandatsrio, entregou-lhe determinado objecto para certo fim; se, por ocasião da fallencia deste, mandatario, não se encontra o objecto em seu poder, o mandante só tem de queizar-se da sua culpa, pois foi victima da sua confiança. Se pois, com abuso de confiança, o mandatario fallido praticou actos contrarios ao interesse do mandante, transferindo a terceiro, a titulo de propriedade, a coisa movel que lhe foi entregue, cessa para o mandante a qualidade de reivindicante.

706. O contracto para liquidação de uma firma commercial é um verdadeiro mandato;¹ os fundos que ao liquidante foram entregues para o pagamento do passivo têm um destino especificado. No caso de fallencia do liquidante, a firma era liquidação é credora reivindicante.²

¹ *I liquidatori sono sottoposti alle regole dei mandato*, diz o Cod. Com. Italiano art. 206; El liquidador es un verdadero mandatario de to sociedad, dispõe o Cod. Com. Chileno, art 410. *A responsabilidade dos liquidatarios subsiste, segundo as regras geraes a cerca do mandato até final approvação das suas contas...* reza o Cod. Com. Port, art. 141.

² Revista n. 8082 de 28 de Julho de 1872 e Ao. Revisor do Trib. do Com. do Maranhão, de 7 de Outubro de 1872, n'O Direito, vol. 8, pagina. 114 e 116.

707. A reivindicação pode ser exercida sobre cousas, embora fungiveis, entre as quaes o dinheiro, e sobre effeitos de commercio ou titulos a elles equiparados (titulos de credito).

Pede, todavia, particular estudo a reivindicação dos titulos de credito, á qual alludia o Cod. Com. no art. 874 n. III e se referem quasi todas as legislações dando regras precisas e mais ou menos uniformes.¹

Para que a reivindicação dos *titulos de credito* tenha logar faz-se preciso:

1.º Que o endosso, em virtude do qual elles passaram para mãos do fallido, conferisse somente poderes de mandatario (Cod. Com. art 361, n. III).

Pode, porém, succeder que a entrega dos titulos de credito houvesse sido feita em virtude de um endosso incompleto ou em branco, que faz presumir a transferencia de propriedade (art 362 do Cod. Com.). Como se tracta de uma. presumpção legal condicional, que admite prova em contrario (Regul. n. 737, art 186), ao remetente do titulo, provado o mandato, é licito exercer eficazmente a sua acção reivindicatoria.

2.º Que os titulos ainda não tenham sido pagos.

D'ahi os corollarios seguintes:

a) Se o mandatario recebeu o valor dos titulos antes da sua fallencia cessa a reivindicação, pois a quantia recebida entrou para a sua caixa, e elle apenas se tornou devedor de outro tanto ao dono dos titulos.

Note-se, porém, que se o mandante deu ordem expressa para que o valor recebido fosse empregado em certo e determinado mister, pode ter dito valor ser reivindicado com fundamento no art. 68, n, do Decr. n. 917.

¹ Cods. Coms. Franc, art. 674; Italiano, art 802; .Belga, art. 666; Argentino, arte. 1497, n. 2 e 1617; Chileno, art. 1609; Lei Roumaica, art 812.

b) O simples vencimento dos titulos não obsta a reivindicação desde que não tenha sido ainda pagos. O mesmo se daria quando houvesse pagamento por conta; nesse caso, o credor que reivindica os titulos existentes em poder do fallido receberá do devedor o restante da divida e figurará como credor chirographario na fallencia do mandatario pela importancia que este recebeu.¹

Se os titulos confiados ao mandatario para cobrar forem por este negociados, e o preço ainda não tenha sido pago até á epocha de sua fallencia, o mandante pode exigir integralmente este preço quando elle for entregue á massa.

3.º Que os titulos se achem em poder do fallido ou de terceiro, em nome delle, na epocha da fallencia.

D'ahi:

a) Se o fallido transferiu a terceiros a propriedade dos titulos por endosso regular ou em branco, cessa o direito de reivindicação contra a massa.

b) Se o titulo primitivo foi substituido por outro entregue pelo devedor ao fallido, o dono tem direito de reivindicar-o, pois a substituição dos titulos não importa pagamento.

708. Tudo quanto dissemos sobre titulos de credito é applicavel aos titulos ao portador, embora nelles não haja endosso.

Relativamente a esses titulos o mandato é conferido por acto dependente e separado do titulo, e, podendo o mandato ser provado por escripto (em cuja classe entra a correspondencia epistolae e até testemunhas, art. 140 do Cod. Com.), é indiscutivel o direito de reivindicação, quando elles se acharem em poder do fallido.

¹ DALLOZ, Repert. verb. Faillite, n. 1182; NAMUR, Cod. Com. Belge, vol. 3, n. 2024.

§ 5.º

E) O dono de cousa furtada, roubada, extorquida ou obtida por falsidade, estellionato ou outras, fraudes.¹

Summario. — 709. Explicação desse caso de reivindicação.

709. Temos aqui um caso de applicação da responsabilidade civil oriunda *ex-delicto*. A indemnisação do damno deve ser sempre a mais completa, e a verdadeira consiste em repor as cousas no estado em que se achavam.² Existindo em poder do fallido a cousa por este furtada, roubada, etc, deve ser restituída, e na falta della o seu equivalente,³ ou, nos termos do art. 68 § 3, o seu valor.

§ 6.º

F) O dono de titulos ao portador, que forem perdidos, furtados, roubados, extorquidos ou obtidos por falsidade, estellionato ou outras fraudes, se o fallido for quem os achou ou obteve por esses meios ou os recebeu, sabendo a origem viciosa da posse.⁴

Summario. — 710. Explicação desse caso de reivindicação.

710. Ja vimos que a reivindicação não tem logar se o fallido Madquire em boa fé a cousa movel, *salvo nos casos de perda ou furto*;

¹ Decr. n. 917, art. 68, e.

² COELHO DA BOCHA, Dir. Civil, § 137; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consol. das Leis Cívis*, art. 800. Cod. Civil Portuguez, art. 2364: "A responsabilidade civil consiste na obrigação, em que se constitue o autor do facto ou na omissão, de restituir o lesado ao estado anterior á lesão, e de satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado.

³ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consol. das Leis* dois, art. 802.

⁴ Decr. n. 917, art. 68, f.

devendo ser assim entendida a disposição do art. 68, a, (n. 689). Quanto aos titulos ao portador a lei vae mais adeante. Faz cessar a reivindicação desde que o fallido os tivesse recebido de boa fé, desde que não houvesse sido elle o proprio auctor do furto, roubo ou extorsão, não fosse elle quem os achara ou recebera, sabendo que não pertenciam ao apresentante, ou devendo sabel-o nos casos em que a lei presume esse conhecimento.¹

Adoptou o Decr. n. 917 a doutrina do Cod. Com.Allemão (arts. 306 e 307) e Italiano (art 57) cujas palavras quasi repetiu.

Essa disposição é exclusivamente applicada aos titulos ao portador; não pode ser ampliada por analogia a outros titulos.

§ 7.º

G) O vendedor de bens immoveis, embora feita a tradição, ainda não pago do preço da venda, salvo se o tiver creditado ao comprador.²

Summario. — 711. Explicação desse caso de reivindicação.

711. Os immoveis não fazem objecto do commercio e é assim difficil justificar esta disposição do Decr, n. 917. Que motivos aconselharam essa tão grande protecção ao vendedor de bens immoveis? *Lex est quod lex voluit.*

O ReguL n. 737 tractando da preferencia nas execuções communs confere, no art 621, tão somente um privilegio ao vendedor dos predios rusticos ou urbanos, ainda não pago da venda.

É' este privilegio (antiga hypotheca tacita especial) que o Decr. n. 917 converte em reivindicação no caso de fallencia do comprador.

¹ Vide INGLEZ DE SOUZA, *Titulos ao portador*, ns. ui a 12o.

² Decr. n. 917, art. 68, g.

§ 8.º

H) O vendedor depois da entrega da coisa vendida a credito,¹ se reservou a propriedade até ao pagamento ou se á venda a credito foi induzido por dolo do comprador.²

I) O vendedor de coisa expedida ao fallido, se a este não foi entregue o conhecimento antes de declarada a fallencia.³

Summario. — 712. Exposição das questões comprehendidas no presente paragraho.

712. Eis-nos em uma das partes mais difficeis e interessantes no vasto thema da reivindicação na fallencia, ou, dando á questão um character geral, em uma das partes mais intrincadas do instituto da fallencia.

Quaes os direitos do vendedor não pago na fallencia do comprador?

Quaes os direitos do comprador na fallencia do vendedor?

São duas questões muito graves, sobre as quaes o Decr. n. 917 não conseguiu ser claro, logico e exacto. Quanto á primeira ainda teve algumas palavras, mas silenciou sobre a segunda.

A grande importancia da matéria obriga-nos a tractar ao mesmo tempo dos direitos do vendedor e do comprador, e cada um destes assumptos poderia bem constituir objecto de um capitulo ou secção especial, pois vão-se buscar outros principios que não os da reivindicação para solver muitas theses. Entretanto, para, por sua vez,

¹ O Decr. n. 917, no art. 68, h. diz: “antes da entrega da coisa vendida.” Ha, porém, manifesto engano, deve ser: *depois da entrega*... Vide n. 733.

² Decr. n. 917, art. 68, k.

³ Decr. n. 917, art. 68, i.

não deslocar do presente Capitulo o que pertence á reivindicação na fallencia, dividiremos o assumpto deste § 8.º em. duas partes, estudando na primeira os direitos do vendedor não pago na fallencia do comprador e, na segunda, os direitos do comprador na fallencia do vendedor.

PARTE PRIMEIRA

Direitos do vendedor não pago

Summario. — 713 Protecção, legal ao vendedor não pago. — 714. Situações em que na occasião da fallencia do comprador se pode achar a cousa vendida. — 715. O vendedor deve, antes de tudo, provar que não está pago. — (a) 716. Posição do vendedor na fallencia do comprador quando as mercadorias ainda se acham em seu poder. — 717. O direito de retenção que a lei confere, alem da fundar-se na equidade, é muitas vezes um meio de tornar efficaz o direito de resolução. — 718. O direito de resolução quando tem lugar. — 719. Consequencia. — 720. Quando deve o vendedor exercer o direito de retenção. — 721. Direitos de retenção e de resolução sobre parte da cousa vendida. — 722. Quando cessam o direito de retenção e o direito de resolução. — (b) 723. Posição do vendedor no caso de as mercadorias expedidas ainda se acharem em viagem. — 724. Fundamento do direito de reivindicação concedido nesse coso.

Diversos systemas. — 725. Refutação desses systemas. — 726. O systema que parece mais procedente. — 727. Condições existenciaes para aquella reivindicação. — 728. Quando cessa o direito de reivindicação. — (c) 729. Posição do vendedor no caso em que as mercadorias já se achem entregues ao comprador quando é declarada a fallencia deste. — 730. Feita a tradição, o vendedor é credor chirographario. — 731. Casos em que pode ser reivindicante. — 732. O direito de resolução não é permittido nesse caso. — 783. Um erro do Decr. n. 917 na disposição do art. 68, h.

713. O vendedor não pago é o vendedor ainda credor do preço da venda. Na sua qualidade de credor tem elle de haver o que lhe é devido, e na fallencia do comprador deve em rigor occupar a posição de chirographario, mas em muitas conjuncturas o Decr. n. 917 o afaste da sorte commum reservada aos outros credores.

Altas razões de equidade aconselham essa protecção legal: o vendedor insolto com a entrega da mercadoria vendida augmentou o activo do comprador; entrando aquelle no concurso creditorio deste, soflrerá manifestamente um prejuizo que redundará no enriquecimento injusto dos outros credores. E' o que se quer evitar. Na fallencia os credores não procuram ganhar, tractam somente de perder menos (n. 37).

714. Por occasião da fallencia do comprador a coisa vendida pode se achar:

1.º ainda em poder do vendedor;

2.º em expedição, isto é, em viagem para o comprador;

3.º finalmente, já entregue ao comprador.

Os direitos do vendedor não pago variam conforme cada uma destas situações, que adeante serão particularmente examinadas.

715. Antes de tudo devemos ter em atenção as seguintes regras que dominarão o assumpto:

O facto primordial que o vendedor deve provar é o de não estar pago.

Se ao vendedor foram entregues letras acceitas ou endossadas pelo comprador, este não se pode dizer pago, pois a entrega das letras é, quando muito, um meio para obter o pagamento, mas não constitue um verdadeiro pagamento extinguindo as obrigações que da venda se originam.¹

As letras entregues para pagamento do preço da venda não fazem presumir novação,² porque a vontade de novar não se presume.

Note-se, porém, que se a novação fosse expressamente declarada ou resultasse tão claramente do acto ou das circunstancias que o acompanharam que não podesse ser posta em duvida, cessaria o direito de reivindicação.³

¹ O Cod. Com. Argentino, no art. 1508, faz cessar a reivindicação quando o vendedor recebe letra de cambio ou outro papel negociável pelo preço integral dos effeitos vendidos, passando recibo simples ou anotando o pagamento sem referencia aos bilhetes ou letras mencionadas.

Mantém o direito reivindicatorio quando, tendo recebido as letras por uma parte do preço, o vendedor dá fiança á massa pelas reclamações que se possam originar como consequencia das letras.

² Vide decisões n'O Direito, vol. 9 pag. 58.

³ Consultem-se MASSÉ, *Le Droit Com.*, vol. 4, n. 2303 e segs.; BEDARRIDE, *Traité des Faillites*, n. 1143; NAMUR, *Cod. Com. Belge*, n. 2041; CUZERRI, *II Cod. Com. Ital. Commentato*, vol. 1, n. 663; GIORGI, *Obblig.*, vol. 7, n. 397 e segs.

E' indifferente que o vendedor esteja pago de parte do preço. Elle mantém sempre as garantias e privilegios legais em toda a sua integridade. O contracto é um só, é indivisivel.¹

(A)

1ª SITUAÇÃO

716. *As mercadorias vendidas* estão ainda em poder do vendedor.² O vendedor ainda de posse da coisa vendida a credito não está obrigado a entregal-a antes de effectuado o pagamento do preço, despesas, juros, etc, se o comprador mudar notoriamente de estado; pode elle recusar a entrega exercendo o direito de retenção (Cod. Com. art 198). Se o comprador é declarado fallido, ao vendedor é, com maioria de razão, garantido esse direito (Decr. n. 917, art. 24), occupando assim uma posição defensiva em face da massa.

O vendedor com direito de retenção é credor privilegiado (Decr. cit n. 70 n. II, c), privilegio *sui generis* que é exercitado nos termos dos arts. 27 § 4º e 70 n. II § 2.º do Decr. n. 917.

Se o producto da venda do objecto retido não chega para integral pagamento, o vendedor concorre pela sobra como chirographario (art. 70, n. II § 3 e n. IV, c).

Sobre esse *direito de retenção* vide n. 797.

717. Esse *direito de retenção*, alem de ser aconselhado por um principio de equidade, pode algumas vezes ser um auxilio para o

¹ SUPINO, La Rivindicazione nel Fallimento, n. 71, in fine.

² O Cod. Com. Francez (arts. 577 e 578), o Belga (arts. 570 e 571), o Italiano (arts. 805 e 806) e a Lei Roumaica (art. 815) dão ao vendedor o direito de retenção, permittindo aos syndicos, com auctorisação judicial, pagar o preço e receber a mercadoria. O Cod. Com. Argentino (art. 1503, dá ao vendedor o *direito de reivindicação*.

vendedor tornar eficaz o direito de resolução que, neste caso, é mantido nas condições expostas no n. 719.

Dizemos que *neste caso é mantido* porque casos ha na fallencia do comprador (e são quasi todos) em que cessa este direito de resolução, aliás subentendido nos contractos bilateraes (n. 732), e portanto, em rigor juridico, também na compra e venda quando o comprador não paga o preço.

718. No caso de a massa não executar o contracto, e assim deverá proceder se for conveniente a seus interesses (n. 256), o vendedor pode optar pelo *direito de resolução*¹ e pedir perdas e danos contra a massa (n. 259). Não seria, com effeito, justo que a lei dêsse á massa o direito de exigir a execução do contracto se lhe parecesse vantajosa e, no caso de a massa se recusar a cumprir a renda, negasse o direito correlativo de o vendedor se fazer indemnisar do prejuizo que lhe causasse a não execução. Pelo *quantum* das perdas e danos seria o vendedor credor chirographario.

719. Cabem pois ao vendedor não pago, quando ainda tem consigo o objecto vendido, dois meios para garantir os seus direitos: a retenção deste objecto, ou a resolução da venda (n. 717).

Neste ultimo caso, resolvido o contracto, é tudo reposto no estado anterior de direito, e, como o vendedor já tem em seu poder o objecto vendido, fica tudo consummado.

Só as circumstancias podem aconselhar ao vendedor insoluto o uso de um ou de outro meio.

720. O vendedor deve exercer o direito de retenção antes do acto da entrega da coisa vendida. As palavras *acto da entrega* empregadas pelo art. 198 do Cod. Com. referem-se á entrega real, ou raelho á entrega

¹ Decr. n. 917, art. 27, verbis "...salvo a resolução do contracto...."

*ostensiva, material e effectiva.*¹ Assim, pois, nos casos da tradição symbolica, definidos nos ns. 2, 3 e 4 do art. 200 do Cod. Com. o vendedor conserva aquelle direito, pois a mercadoria ainda não está entregue.

Pouco importa que o vendedor já estivesse constituido em mora (art. 205 do Cod. Com.), ou mesmo já condemnado a entregar a mercadoria vendida. Desde que elle a tem em suas mãos, sob a sua disposição physica, gosa o *direito de retenção* em toda a sua amplitude.

721. Se o vendedor expede ao comprador parte da coisa vendida e conserva ainda em seu poder outra parte, pode quanto á primeira exercer o direito de reivindicação quando nas condições expostas nos ns. 723 e 727, e quanto á segunda exercer os direitos de *retenção* ou de *resolução*.

722. Logo que a massa paga o preço² ou dá fiança idonea ao pagamento nos prazos convencionaes, cessam o direito de retenção³ e o de resolução.

(B)

2ª SITUAÇÃO

123. *As mercadorias foram expedidas ao comprador, mas ainda se acham em viagem.* A expedição é o meio de dar ao comprador de praça distante a disponibilidade physica sobre a mercadoria. Desde o momento da expedição da mercadoria a titulo translativo de propriedade,

¹ E' possivel dar-se o caso de o vendedor nunca ter tido o direito de retenção; tal como no caso de a entrega preceder ao acto da venda. Exemplo: **A** aluga ou empresta a **B** um objecto movel, ou o deposita em casa deste. Maus tarde **A** vende a **B** aquelle objecto. Nunca houve o direito de retenção; se a phrase não importasse um absurdo, poder se-ia dizer que o *direito de retenção* fora perdido antes de nascido.

² Se a massa paga logo o preço e a venda ajustada entre o vendedor e fallido foi a prazo, ella tem o direito de exigir o desconto usado no commercio. O vendedor não pode ficar favorecido com a fallencia do comprador; por identidade de razão applica se ao caso a disposição do art. 23 do Decr. n. 917.

³ Cod. Com. art. 198.

o vendedor não tem mais aquella disponibilidade; não poderá, portanto, detel-a, e realizar o direito de retenção.

Apezar disso, porém, não fica sem garantias. O Decr. n. 917 confere ao vendedor não pago, quer integralmente, quer de parte do preço ou mesmo dos juros devidos, o direito de sequela sobre a mercadoria até ao momento em que chega ás mãos do comprador o conhecimento de transporte, e inclue este direito entre os casos de reivindicação.

724. Qual o fundamento juridico dessa reivindicação?

Diversos systemas procuram explical-o.

1.º *systema*: Embora perada a tradição, emquanto a mercadoria não é entregue ao fallido, esta não entra em movimento commercial e não apparece aos olhos dos credores como fazendo parte do penhor commum que garante os direitos destes; portanto, o direito do vendedor sobre a mercadoria não está exgottado de todo, e justifica-se assim a reivindicação. O vendedor reivindica a titulo de proprietario.¹

2.º *systema*: Tracta-se de um prolongamento do direito de retenção que a lei confere ao vendedor sobre as mercadorias ainda em seu poder na ocasião da abertura da fallencia. A lei, dizem DELAMARRE ET LE POITVIN, defensores extremosos deste systema, revoga os effeitos da tradição operada como se fôra feita *in fraudem venditionis*, e assim, sem destruir o contracto de compra e venda, confere ao vendedor o direito de sequestrar a mercadoria para fazel-a voltar á sua posse e então executar sobre ella o direito de retenção.²

3.º *systema*: A reivindicação não é outra cousa senão o direito de resolução opposto aos credores do comprador.³

¹ TROPLONG, *Nantissement*, n. 367.

² *Traité de Droit Com.*, vol. VI, n. 188. Vide também BAUDRY-LACANTINERIE ET LOYNES, *Nantissement*, vol. 1, n. 528; AUBRY ET RAU, *Droit Civil Français*, vol. 4 § 356, pag. 406; LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. 29, n.494 a 497.

³ RENOARD, *Traité des Faillites*, vol. 2, pag. 340; THALLER, *Droit Com.*, n. 1728.

A venda fica desfeita e as cousas restabelecidas no anterior estado reassumindo o vendedor a sua qualidade de proprietário.

725. Cada um desses systemas tem sido atacado e defendido com vehemencia, e perante o nosso direito nenhum delles pode ser acceito.

O primeiro, porque não se pode comprehender uma transmissão de propriedade acompanhada de tradição, sem que o direito de propriedade do vendedor não esteja *exgottado de todo*.

O segundo, comquanto engenhoso, pecca pela base, pois se a reivindicação do vendedor fosse a prolongamento do direito de retenção garantido pelo art. 198 do Cod. Com., o Decr. n. 917 teria considerado o vendedor da mercadoria em viagem como privilegiado e não como reivindicante.

Contra o terceiro systema pode-se também allegar que, se o fundamento desta reivindicação fosse o direito de resolução, escusado seria o Decr. n. 917 coutemplal-a expressamente, pois o direito de resolução seria regulado pelos principios comuns de direito. O comprador na fallencia do vendedor pode ser reivindicante, usando do seu direito de resolução; por isso mesmo o Decr. n. 917 nada disse a esse respeito.

726. Nessa variedade de opiniões, inclinamo-nos a um quarto systema brilhantemente defendido por SUPINO: O direito de reivindicação do vendedor de mercadorias expedidas ao fallido funda-se em conveniências praticas e na equidade; é um instituto *sui generis*, uma especial applicação do direito de resolução.¹ E' mesmo muito difficil achar o fundamento desta reivindicação nos puros principios de direito. QUENAULT disse-o muito bem: "Pour resoudre sainement cette question, il faut, moins s'attacher aux principes abstraits du droit, et à leurs déductions rigoureuses qu'aux raisons d'utilité pratique et aux habitudes invétérées chez les commerçants."²

¹ *La Rivendieazione nel Fallimento*, n. 65.

² Apud RENOARD, *Traité des Faillites*, vol. 2, pag. 362.

Tracta-se de um direito excepcional, de um favor da lei fundado na equidade, e consagrado mais ou menos amplamente por quasi todas as legislações no interesse do credito e das transacções commerciaes.¹

¹ Segundo o Cod. Com. Francez, arts. 576 e 578, o vendedor de mercadorias expedidas ao fallido pode reivindicar-as enquanto a tradição não for effectuada nos armazéns do comprador fallido, ou nos do commissario encarregado de vendel-as por conta do fallido. Cessa o direito de reivindicação se antes da chegada das mercadorias forem vendidas sem fraude, á vista das facturas e conhecimentos ou cautelas de transporte assignadas pelo vendedor. Os syndicos podem, com auctorisação do juiz, pagar o preço e receber a mercadoria.

Adoptam mais ou menos identica disposição os Cods. Belga, arfe. 568; o Italiano, arts. 804 e 806; o Chileno, arts. 1513 e 1514; a Lei Hungara, arts. 44 e 45; a Lei Roumaica, art. 814.

A Lei Federal Suissa dispõe no art. 203: "As cousas vendidas e expedidas, das quaes o vendedor não tomou posse antes da declaração da fallencia, podem ser reivindicadas pelo vendedor, salvo se a massa pagar o preço.

Cessa a reivindicação, se antes da publicação da fallencia as cousas forem vendidas ou dadas em penhor a um terceiro de boa fé, sob conhecimento de transporte.

— Na Inglaterra, onde alias a transferencia da propriedade se opera pela unica convenção, existe o *right to stop in transitu* (*Stoppage in transitu*), medida antes para prevenir do que para curar, na phrase de SMITH (Mercantile Law, pag. 683): *a mensure rather of prevention than of cure*.

O vendedor não pago no caso de fallencia ou de insolvencia do comprador tem o direito de reaver a posse das mercadorias expedidas (to resume possession of goods) se consegue obtel-as ainda em viagem (while they are on their way). Suppõe-se que a mercadoria se acha em viagem depois e enquanto está em mãos dos commissarios de transporte e não chegou na posse effectiva ou artificial do comprador: Until they arrive at the actual or constructive possession of the consignee.

O *right to stop in transitu* exercitase não por meio de effectivo embargo das mercadorias em caminho, mas por simples notificação ao carregador ou á pessoa em cujas mãos se acha para que as retenha; se por erro entregue ao comprador, o vendedor pode rehavel-as daquelle e o carregador, que depois da notificação fez a entrega, responde por perdas e danos. SMITH'S, Mercantile Law, pag. 695.

Passa hoje como assentado na jurisprudencia ingleza que o contraoto de venda não é rescindido pelo exercicio daquelle direito. The contract. is not, however, rescindi by the mere exercise of the right, diz BALDWIN, no seu Treatise upon the Law of Bankruptcy, pag. 203.

Nos Estados Unidos da America prevalecem os mesmos prinoipios do direito inglez quanto ao Vendor's Right of Stoppage in Transitu. '

Eis a definição que dá KENT, Commentaries on American Law, vol. 2, 541: "It is the right which the vendor, when he sells goods on credit to another, has of resuming the possession of the goods, while they are in the hands of a carrier or middleman, in their transit to the consignee or vendee, and before they arrive into his actual possession, or to the destination which he has appointed for them, on his becoming bankrupt or insolvente."

O Cod. Civil de New-York, seot. 1707: Um vendedor ou committente de mercadorias, cujo preço se não acha integralmente pago, pode no caso de insolvabilidade do comprador ou do consignatario, sobrevinda e chegada ao seu conhecimento depois de se haver desapossado de sua propriedade, fazel-a parar ainda (stop it) durante o seu trajecto em destino ao adquirente, e recuperar a posse.

Sem elle o devedor pouco escrupuloso poderia facilmente conseguir a expedição, e apropriar-se, na véspera da fallencia, de grande quantidade de mercadorias, com o fito de augmentar, em prejuizo dos vendedores, o activo e o dividendo a ratear. E também justo não seria, pondera o preclaro VIDARI, que enquanto os credores proximos logo conhecessem a desordem economica do devedor e tomassem oportunas cautelas, os longinquos, ignorando tudo isso, ficassem sem nenhuma tutela.¹

Nem ha, no caso vertente, offensa a direitos dos credores do comprador, pois desde o momento em que a mercadoria pode ser disposta por este cessa a reivindicação do vendedor.

727. Esse direito do vendedor, aliás impropriamente chamado reivindicação, para que subsista, deve reunir as seguintes condições:

1.º Que a expedição seja feita pelo vendedor. Pouco importa que a mercadoria seja expedida directamente pelo vendedor ou por algum seu representante (commissario ou vendedor anterior por exemplo), e á sua custa e riscos ou á custa e riscos do comprador; pouco importa também que o lugar escolhido no contracto para a execução das obrigações a cargo do comprador seja o domicilio do vendedor, ou o lugar da expedição ou do destino.²

Cessa, portanto, o direito de reivindicação se o vendedor entregou a mercadoria ao comprador e este fez a expedição.³

2.º Que a coisa vendida esteja em viagem. O Decr. n. 917, falando de mercadoria expedida e permittindo a possibilidade da reivindicação

Sect. 1709: "O trajecto está findo quando a mercadoria chega na posse do consignatário ou de seu agente, a menos que esse fosse incumbido somente de expedil-a ao destinatário."

¹ Corso, vol. 8, n. 8413.

² BRUSTLEIN ET RAMBERT, Commentaire de la loi misse sur la poursutte pour dettes et la faillite, pag. 282.

³ SUPINO, La Rivendicazione nel Fallimento, n. 76. Contra: DELAMARRE ET LE POITVIN, Traité de Droit Com., vol. 6, n. 197, 4º especie.

até ao momento em que o comprador recebe o conhecimento, suppõe manifestamente que vendedor e comprador não residam na mesma praça. As mercadorias nas estações de estradas de ferro reputam-se em viagem.

3.º Que até antes da declaração da sua fallencia, ao comprador não fosse entregue o conhecimento. O Decr. n. 917 restringiu o mais possivel o direito de reivindicação que concedeu ao vendedor; não aguardou que as mercadorias chegassem ao poder do comprador. O recebimento do conhecimento é aqui, para os fins da lei, ouúnico meio de tradição, tradição artificial, que por uma ficção legal representa a propria mercadoria. Pouco importa que o comprador recebesse a factura antes da fallencia. A lei limitou o direito de reivindicação do vendedor até ao momento em que o comprador recebe o conhecimento. E' originalissimo o nosso systema legal; nenhuma legislação restringe tanto o direito de reivindicação do vendedor no caso da mercadoria *in transitu*. Desde o momento em que o comprador recebe o conhecimento tem o vendedor perdido *ipso facto* o direito de reivindicar.

728. Se a massa paga o preço da venda ou dá fiança ao pagamento nos prazos convencionaes, cessa o direito de reivindicação. O Decr. n. 917 não o diz expressamente, como fazem outras legislações,¹ mas não ha razão para se excluir o direito que tem a massa doa credores de exigir a execução do contracto nos termos do art 22 do cit. Decr.

(C)

3ª SITUAÇÃO

729. *As mercadorias acham-se entregues ao comprador, quando é declarada a fallencia deste.*

¹ Lei Federal Suissa, art. 203 (Vide nota 1, pag. 65); Cod. Com. Chileno, art. 1519; Lei Roumaica, art. 816; Lei Hungara, art. 45.

Na venda á vista, também chamada *fide groeca* (porque os gregos não faziam negocio a credito, mas com dinheiro á vista), o dominio não se transfere para o comprador enquanto não é pago o preço, ainda mesmo que a coisa lhe tenha sido entregue.¹ O vendedor, dono da mercadoria, é credor reivindicante, pois que actuam ahi as condições para a reivindicação in genere.

730. Na venda a credito (*habita fide de pretio*), desde que houve a tradição das mercadorias vendidas, o comprador torna-se proprietário dellas.² O vendedor é credor chirographario do preço da venda no caso de fallencia do comprador; confiou no credito deste, deve correr os riscos que experimentam todos os outros credores.

731. O vendedor será, porém, reivindicante:

1.º Se reservou a propriedade da coisa até ao pagamento.

E' o caso do *pactum reservati dominii*, estipulado em beneficio do vendedor nas vendas a credito, tendo por fim mostrar que o vendedor, fazendo a tradição da coisa vendida, não quiz seguir a fé do comprador.³

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consol. das Leis Cívis*, art. 528; Cod. Com. arts. 198. 202 e 204; DIDIMO, Cod. Com., vol. 1, nota 199 ao art. 198.

² A tradição é o unico vehiculo da transferencia do dominio no nosso direito commercial, como resulta dos arts. 198 e 202 do Cod. Com.

Escreve DIDIMO, Cod. Com., vol. 1, pag. 374: "Do contracto perfeito pelo accordo das partes sobre os seus elementos *res et pretium*, somente decorrem as acções *empti et venditi* para coagir o vendedor a entregar a coisa ou o comprador a prestação do preço."

³ O MAYNZ, Droit Rom., § 249, n. 5; SERAFINI, Istit. di Diritto Rom % 142, in fine, e nota 10.

Por dois modos pode ser estipulado o pacto *reservati dominii*, adjecto ao contracto de compra e venda:

a) O vendedor reserva a propriedade da coisa vendida durante um certo prazo a contar do contracto, e assim o comprador somente se torna proprietario depois de expirado o prazo. Eis um caso de applicação: a coisa está locada a terceiro até certo tempo; o proprietario vende-a *cum reservatione dominii* até ao fim desse tempo.

b) O vendedor reserva a propriedade da coisa vendida até que o comprador lhe pague integralmente o preço, prevendo a insolvencia do comprador.

O *pactum reservati dominii* obra, pois, ora como nm prazo, ora como condição resolutoria, e, aberto o *concursum creditorum* do comprador, o vendedor tem o direito de

2.º Se foi induzido a vender a credito por dolo do comprador.

O dolo tem por effeito produzir um erro sob cuja influencia contracta a pessoa enganada. Este erro exclue o consentimento, base fundamental dos contractos.¹ Não pode adquirir direitos o comprador que procedeu com dolo para fraudar o vendedor, isto é, sem nunca ter tido intenção de pagar o que comprou a credito sob a fé do preço.²

A reivindicação concedida ao vendedor é neste caso uma protecção com que a lei vem salvar a sua boa fé illudida pela fraude, e moralisar mesmo a fallencia, evitando que um commerciante em vésperas de sua queda economica augmente ficticiamente o activo e prepare meios para obter uma concordata e cumpril-a eficazmente.

732. No direito civil (que nessa parte é subsidiario do commercial, art 121 doCodigo) não está expressamente reconhecido o direito de solução na venda a credito no caso de não pagamento do preço; ao contrario, parece até repellido desde que ao vendedor somente é conferida a acção pessoal para haver do comprador o preço.³

separação, em virtude do qual não é obrigado a entrar para a massa, mas pode por meio da *rei vindicatio* exigir que lhe seja restituída a coisa existente na massa e ainda não paga.

Sobre o pacto *reservati dominii* pode-se ler com vantagem GLUCK, Pandek., vol. 18 § 1000; MACKELDEY, Droit Romain, § 457; TARTUFARI, Cod. Com. Ital. Commentato, vol. 2, nu 89. Entre nós nunca se duvidou acceitar este pacto. ide ALMEIDA E SOUZA, *Execuções*, § 580.

— Na jurisprudencia franceza é muito contestada a acceitação do *pacto reservati dominii*. Vide DAIALLOZ, Suppl. au Repeti., verb. *Faillite*, n. 1260; RUBEN DE COUDER, Suppl. au Dict. Com., verb. *Revendication*, n. 18; Annales de Droit Commercial, 1897, pag. 85.

¹ O Cod. Com. art. 129, n. IV; MAYNZ, Droit. Rom., § 202.

² O dolo do comprador deve ser concludentemente provado; não basta para presumir a fraude, diz SILVA LISBOA, *Princ de Dir. Merc.*, ed. C. Mendes, pag. 475, o simples facto do fallimento, fuga ou occultação; porque podia o comprador comprar em boa fé na esperança de suster o seu credito na praça e poder pagar.

³ TEIXEIRA DE FREITAS, Consol. das Leis Civis. art. 631, nota 24.

A Ord Liv. 4. Tit. 5 § 2 dava ao vendedor a credito, três acções; uma *ex-vendito* para cobrar o preço; outra pessoal reipersecutoria para reaver a coisa vendida na posse do vendedor; outra finalmente de reivindicação para haver a coisa existente na posse de

Quando mesmo o direito de resolução fosse alli permitido, cessaria na venda commercial, no caso de fallencia do comprador, para que se podessem conciliar os interesses oppostos do vendedor com os dos credores do comprador, não menos dignos de tutela, e para que se evitasse que a reivindicação, consequencia do exercicio do direito de resolução, fosse convertida em fonte de abuso.

Entregue a mercadoria ao comprador, e executado assim plena e inteiramente o contracto, estaria ao arbitrio do fallido tornar possivel ou impossivel a reivindicação, conservando a mercadoria ou inutilizando os signaes de sua identidade. Poderia assim favorecer uns credores em prejuizo de outros rompendo a *par conditio*. De mais, pondera SUPINO, admittida nesse caso a reivindicação, para ser-se logico, em caso de fallencia do comprador, dever-se-ia restituir todas as mercadorias, por elle possuidas e ainda não pagas, aos respectivos vendedores, o que seria um absurdo.¹

O silencio da lei, em regular esse caso muito frequente, e os casos especiaes em que permite a reivindicação provam ainda que o *direito de resolução* do vendedor depois de entregue a mercadoria não poderia mais ser exercido.

Se o vendedor em condições taes não gosa o *direito de reivindicação*, como collocar-o em posição de obter pelo meio indirecto da *resolução* o que lhe não é dado conseguir pelo meio directo da *reivindicação*?²

733. Ficou dito acima (n. 732) que, mesmo depois da entrega da mercadoria vendida a credito, o vendedor poderia assumir a posição de reivindicante nos dois casos seguintes:

terceiro. O Alvará de 4 de Setembro de 1810 revogou essa Ord. e reduziu o vendedor a usar somente da acção pessoal *ex-vendito* para cobrar o preço que fiou do comprador.

¹ La Rivendicazione nel Fallimento, n. 66.

² SEGOVIA, *Explic. y Crit. del Cod. Com. Arg.*, vol. 3, nota 4801.

1.º quando reservasse a propriedade até ao pagamento;

2.º quando a venda a credito fosse induzida por dolo do comprador.

Não é isso, entretanto, o que está escripto no art. 68, h, do Decr. n. 917. Ahi se diz que a reivindicação do vendedor, nesses casos, somente prepondera antes da entrega da coisa vendida.

Erro manifesto da lei.

Antes da entrega da coisa vendida a posição jurídica do vendedor já está definida pelo Decr. n. 917; é a de credor *privilegiado*, munido com o *direito de retenção*, salvo o *direito de resolução* de que também se pode prevalecer (n. 717).

Reservasse ou não a propriedade até ao pagamento do preço, fosse, ou não a compra induzida por dolo do comprador, o vendedor que tem consigo a mercadoria vendida, *retém*, não *reivindica*. E' um absurdo dar ao vendedor o direito de reivindicar o objecto que está em sua posse!

Salienta ainda o erro material do texto do art. 68, h, o exame da sua fonte.

Foi MACKELDEY, Manuel de Droit Romain, traducção de BEVING (Bruxellas, 1846), quem forneceu a materia para a disposição do art. 68, h do Decr. n. 917.

Eis o que diz este swbio romanista, na obra citada, § 775:

“Aos credores reivindicantes pertencem:

A. Os que podem demandar, por meio da acção de reivindicação, a propriedade das cousas individuaes que fazem parte da massa. Taes são os casos seguintes:

"Lorsque la chose a été donnée à crédit, mais que le vendeur s'en est expressément réservé la propriété jusqu' au paiement; il en est autrement lorsque le dol du débiteur a été la cause du crédit et par conséquent de la translation de la propriété."

Como se duvidar do erro do Decr. n. 917?¹

PARTE SEGUNDA

Direitos do comprador na fallencia do vendedor

Summario. — 734. A fallencia do vendedor não resolve o contracto de venda. — 735. O comprador é reivindicante quando por meio da tradição se tornou proprietario. — 736. Direitos do comprador quando a massa não cumpre o contracto. — 737. Caso em que o comprador adianta o preço da venda.

734. O Decr. n. 917 nada diz a respeito dos direitos do comprador na fallencia do vendedor, o que significa que as relações entre o comprador e a massa dos credores do vendedor continuam na mesma situação jurídica era que se achariam caso não sobreviesse a fallencia.

A fallencia não resolve os contractos, cuja execução a massa, por seus representantes, deve promover se lhe for de conveniencia, respondendo ella por perdas e dammnos no caso de falta total ou parcial na dita execução.²

735. Na fallencia do vendedor a reivindicação do comprador é incontestavel desde que, por meio da tradição, se tornou proprietario da coisa

¹ A *Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal* (Decr. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898) no art. 652, g, da Parte Terceira, endossou o erro, transcrevendo cegamente a disposição do Decr. n, 917.

² Decr. n. 917, art. 22. Vide ns. 256 e 259.

comprada. Referimo-nos á tradição symbolica (art. 200 do Cod.Com.), cujo effeito immediato é deixar a coisa comprada na detenção do vendedor.¹

Para o exercido deste direito reivindicatorio é essencial, porém, que a coisa vendida esteja paga; no caso contrario a massa dos credores do vendedor pode usar de todos os direitos que a lei conferia a este, taes como o *direito de retenção*, o de *resolução*, etc, etc.

736. Se a massa dos credores deixa de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador deverá constituil-a em mora nos termos do art. 205 do Cod. Com. e optar pelo *direito de resolução* ou pela *execução* do contracto com os damnos da mora.²

Se opta pelo *direito de resolução* tudo se repõe no antigo estado, reputando-se o contracto de compra e venda como se nunca houvesse existido, e as partes collocadas na situação em que se achavam antes de ter contractado.³

Para o caso especial das vendas a entregar em prazo certo, tendo por objecto valores ou mercadorias, cuja cotação, curso ou preços possam ser annotados, vide o que dissemos no n. 258.

737. D'ahi se deduz que, se o comprador adeantou dinheiro por conta do preço principal, a massa deve *restituir* o que o fallido recebera.⁴

¹ Consultem-se para estudo as decisões n'O Direito, vol. 51, pag., 539 e vol. 53, pag 31. Parece-nos sã e irresponsivel o voto do Dezemb. BARROS PIMENTEL accordam revisor de 27 de Junho de 1890, 4 pag. 32 do vol. 53. Vide também as decisões n' O Direito, vol. 62, pag. 48.

² Cod. Com. art. 202; Decr. n. 917 art. 22 § 2.

³ LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. 24, n. 917.

⁴ Restituir, diz o art. 213 do Cod. Com. "Restituer c'est rétablir quelqu'un en la possession de ce qui lui appartient. La restitution exclut dono toute idée d'une obligation contractuelle translatiee de propriété" DELAMAERE ET LE POITVIN, *Traité de Droit Rom.*, vol. 4, n. 306 *in fine*.

O dinheiro adeantado fica na detenção do vendedor para maior firmeza da compra;¹ este não adquire a propriedade, pois o retém como se fora a titulo de penhor, ou caução.

Rescindida portanto a venda, o comprador vae, a titulo de proprietsrio, haver integralmente o seu dinheiro da massa que o retem em virtude de uma causa que cessou de existir. Seria um enriquecimento illicito locupletar-se a massa á custa de outrem. Vide n. 37.²

§ 9.º

J) A mulher casada pelos bens sobre os quaes tem exclusiva propriedade³

Summario. — 738. Bens que a mulher casada pode reivindicar na fallencia do marido. — 739. O Decr. n. 917 sanou as duvidas que existiam na sua vigencia do Codigo Commercial.

738. A mulher casada é reivindicante dos seguintes bens:

- a) Dotaes, estimados para qualquer efleito. Taes bens não podem ser arrecadados pela massa (n. 440).
- b) Paraphernaes, que estão também fora do alcance da massa (n. 440).
- c) Incommunicaveis sob o regimen da communhão (n. 440).
- d) Que não respondam por dividas anteriores ao casamento. Na communhão universal, pelas dividas anteriores ao casamento não podem ser

¹ Cod. Com. art. 218.

² Vide CLOVIS, Dir. das Obrig.,86, nota 1, pag. 241.

³ Decr. n. 917,art.68, j; Cod. Com. art. 874, n. VI; Regul. n. 737, art. 620 § 6.º

executados, enquanto este dura, senão os bens que o conjugue devedor trouxe para o casal e a sua meação nos adquiridos depois de casado (Ord. Liv. 4, Tit. 95 § 4).¹

e) Pelas arrhas e doações antenupciaes feitas pelo futuro marido, quando insinuadas (Vide n. 320, e muito especialmente a nota 1, pag. 216 do 1.º vol.).

Em todos esses casos a mulher conserva a qualidade de proprietária e por isso reivindicar.²

739. O Decr. n. 917 acabou com todas as questões e censuras a que deu lugar a disposição do art. 874, n. VI, do Codigo Commercial, e que se podem ver em TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, nota 17 ao art. 123, e em ORLANDO, *Codigo Commercial*, nota 1368.

Hoje não é mais necessario, para que a mulher possa reivindicar os bens dotaes e paraphernaes possuidos antes do casamento, que os respectivos titulos se achem lançados no Registro do Commercio dentro de quinze dias subsequentes á celebração do matrimonio, nem que se prove que os bens adquiridos na constancia do casamento por doação, herança ou legado, com a clausula de incommunicabilidade, entraram effectivamente no poder do marido e que os respectivos titulos e documentos tenham sido inscriptos no Registro do Commercio dentro de quinze dias subsequentes ao do recebimento.

O dote é incommunicavel e inalienavel, escreve MACEDO SOARES, e sem estas condições não existe. Sujeitar a dotada á qualquer prova no processo da fallencia é crear-lhe dificuldades que desnaturam a instituição. Os bens dotaes não podem ser arrecadados; são da mulher só, e não do marido também. E' o seu patrimonio que escapa á acção dos credores.³

¹ Vide LAFAYETTE, *Dir. de Familias*, § 62.

² O Esse direito de reivindicação, já o Direito Romano o reconhecia. MACKELDEY, *Droit Rom.*, § 775, n. 4.

³ Reflexões n'O Direito, vol. 51, pag. 338.

§ 10.º

K) Os filhos menores, legitimos, legitimados ou reconhecidos, pelos bens castrenses, quasi castrenses e adventicios¹

Summario. — 740. Explicação deste caso de reivindicação.

740. O *peculio castrense* e o *quasi castrense* dos menores conservam-se sob a *guarda e administração* do pae; sobre o *peculio adventicio* tem o pae o *usufructo e a administração*. A *propriedade* de todos esses peculios é, porém, do filho.

A lei exclue-os da arrecadação no caso de fallencia do pae (n. 441), e como complemento declara que os seus proprietários têm o direito de reivindicação contra a massa.

Em identicas condições não se acha o pecúlio profecticio, do que o pae continua a ser proprietario (n. 441).

§ 11.º

L) Os tutelados e curatellados pelos bens que lhes pertencerem; e quanto ás cousas adquiridas pelo tutor ou curador em seu proprio nome com bens ou producto de bens dos mesmos tutelados ou curatellados²

Summario. — 741. Os tutores e curadores são administradores *rei alienae*. — 742. A resurreição da *rei vindicatio utilis* operada pelo Decr. n. 917.

¹ Decr: n. 917, art 68, k; Cod. Com. art. 874, n. V.

² Decr. n. 917, art. 68, l; Cod. Com. art. 874, n. V.

741. Os tutores e curadores são administradores do alheio.¹ E' incontestavel, portanto, o direito que assiste aos tutelados e curatellados de reivindicar os bens de sua propriedade, que, por ventura, se achem em poder do tutor ou curador que, sendo commerciante, for declarado fallido.

742. O Decr. n. 917 não ficou, porém, ahi. Deu também aos tutelados e curatellados o direito de reivindicar as cousas adquiridas pelo tutor ou curador em seu proprio nome com bens ou producto de bens dos mesmos tutelados ou curatellados. E' a resurreição da *reivindicatio utilis* do Direito Romano (nota 2, á pag. 43), que aliás nunca teve entrada no direito civil patrio. Os nossos civilistas não falam desta reivindicação,² e nem é possovel introduzil-a em nosso direito desde que existe o instituto da hypotheca legal dos menores e interdictos sobre os immoveis do tutor ou curador.³

Sobre a propria *actio utilis ad rem vindicandum* do Direito Romano pairavam muitas duvidas, havendo escriptores (FABRO, SCHIFORDEGHER, etc.) que negam aos pupillos qualquer direito de propriedade sobre as cousas adquiridas pelo tutor com o dinheiro delles, e modernamente WESTPHAL considera aquella acção como a acção hypothecaria, pois ao papillo caberia tão somente uma hypotheca tacita, que no concurso de credores do tutor lhe daria um *direito de separação*.⁴

¹ LAFAYETTE, Dir. de Familias, §§ 153 e 164.

² CORRÊA TELLES, na sua magistral Dout. das Acç., não a inclue entre as *reivindicações diversas* (§ 44 e segs. ed., TEIXEIRA DE FREITAS), comquanto ALMEIDA E SOUZA, *Execuções*, §§ 546 e 619, entenda que a esse respeito o Direito Romano é subsidiario em falta de lei expressa.

³ Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 3 § 2.

⁴ Para maiores esclarecimentos vide GLUCK, *Pandect.*, vol. 6, § 585.

§ 12.º

M) Os herdeiros e legatario pelos bens da herança ou legado¹

Summario. — 743. Explicação deste caso de reivindicação.

743. Em legados, e nas ultimas vontades, os legatarios e herdeiros adquirem dominio, sem *tradição*;² podem, pois, reclamar os bens que constituem objecto da herança ou legado envolvidos na arrecadação da fallencia.

§ 13.º

N) Os que tiverem feito remessas para um fim determinado³

Summario. — 744. Explicação deste caso de reivindicação.

744. A remessa para fim determinado suppõe um mandato⁴ e parecem-nos extravagantes todos aquelles julgados (não são poucos) que

¹ Decr. n. 917, art 68, m; Cod. Com. art 874, n. V.

² CORRÊA TELLES, Dout. das Acç., ed. TEIXEIRA DE FREITAS, § 48 e nota 145.

³ Decr. n. 917, art. 68, n; Cod. Com. art. 874, n. IV.

⁴ Vide nossa sentença, como juiz de direito de Santos e Ac. do Trib. da Bel. de S. Paulo, n'O Direito, vol. 51, pag. 84. A sentença do Supremo Trib. Federal, n'O Direito, vol. 56, pag. 294, é insustentavel perante os principios de direito.

O extracto Supremo Trib. de Justiça deu sempre a maior amplitude a disposição do art. 874, n. IV do Cod. Com., disposição que é reproduzida pelo Decr. n. 917 no art. 68. Chegou até a julgar que era credor de dominio o comprador que adeantou dinheiro por conta da compra sob o fundamento que o adeantamento importava remessa para fim determinado (O Direito, vol. 39, pag. 421). Nada mais erroneo. O comprador pode reivindicar o dinheiro que adeantou por conta do preço, se consegue resolver o contracto e pede a restituição do que deu (art. 213 do Cod. Com.). Vide ns. 736 e 737.

— O Cod. Com., no art. 874, não enumerava expressamente o mandante entre os credores de dominio, mas sim os credores de remessas feitas ao fallido para um fim determinado; ao contrario, no Regul. n. 737, art. 620, enumera entre os credores de dominio os de bens que o devedor possuir por titulo de mandato (§1) e não incluye os de remessas para fim determinado. Ora, confrontando-se estas duas disposições e sendo

alargam este conceito. Se procurassem ser logicos deviam admittir como reivindicantes quasi todos senão todos os credores da fallencia, pois qual a remessa de dinheiro ou de mercadorias que não tenha um fim determinado? A propria remessa para alimento da conta-correnté tem fim determinado.

A Relação de Porto Alegre, no accordam revisor de 24 de Maio de 1881, referindo-se á identica disposição do art. 874 n. IV do Codigo Commercial, muito bem ponderou que “o fim da lei é salvar por inteiro ao respectivo credor as remessas ou valores que chegam ao poder do fallido já com fim determinado, e em cujo destino obra o mesmo fallido como simples mandatario e não as sommas ou valores que, passando ao poder do fallido era virtude de suas transacções ou operações commerciaes, tiverem destino determinado por accordo entre credor e fallido.”¹

As remessas a que se refere o Decr. n. 917 podem consistir em dinheiro,² titulos, mercadorias, etc, etc.

ARTIGO II

Efeitos da reivindicação

Summario. — 745. Efeitos da reivindicação. — 746. A restituição da coisa *in specie*, e daquella em que esta tiver sido subrogada; caso em que se dá o pagamento do valor. — 747. O reivindicante

certo que o Reg. n. 737 não podia ampliar a disposição do Cod. Com., creando ou augmentando o numero de reivindicantes, nem negar um direito que o mesmo Cod. declarara, torna se claro que os credores de remessas para fim determinado não eram outros senão os credores em virtude de mandato.

¹ *Gazeta Juridica* do Dr. PERDIGÃO, vol. 32, pag. 123.

² Assim foi sempre julgado. Vide a decisão a esse respeito em ORLANDO, Cod. Com., nota 1366.

deve pagar á massa as despesas a que a coisa reivindicada deu lugar. — 748. A massa não responde pela diferença de preço entre o dia da venda e o da reivindicação. — 749. A restituição no caso do penhor.

745. Os efeitos da reivindicação na fallencia reduzem-se aos direitos e deveres reciprocos das partes, isto é, do reivindicante e da massa; todos esses direitos e deveres ja foram expostos á medida que estudámos cada um dos casos de reivindicação.

746. O que reivindica coisa, mercadoria ou titulos em poder do fallido, a titulo não translativo da propriedade, tem de obter a restituição *in specie*.

Se a coisa existe na massa, será restituída a propria; se tiver sido subrogada por outra, entrega-se essa outra.

Se nem a propria coisa nem a subrogada existem por occasião da restituição, paga-se o seu valor.¹

Quando, porém, for caso do pagamento deste valor, o reivindicante não pode repetir os dividendos já distribuidos aos credores; fica nas mesmas condições dos credores retardatarios.²

747. Qualquer que seja o fundamento da reivindicação, o reivindicante, por sua vez, tem de pagar a massa as despesas a que a coisa reivindicada ou o seu producto tiver dado lugar,³ taes como fretes,

¹ Decr. n. 917, art. 68 § 3. Igual disposição encontra-se no Cod. Com. art. 881, 2.º parte; e Regul. 737, art. 625.

² Decr. n. 917, art. 68 6, imitação do art.808, 2º parte do Cod Com. Ital. Relativamente á reivindicação do preço. A mesma disposição italiana na Lei Roumaica, art. 818.

³ Decr. n. 917, art. 68 § 4.

com missões, seguros, despesas de conservação e outras não estipuladas, mas de uso no commercio.

748. O reivindicante não tem direito de reclamação contra a massa, quando, por um acontecimento frequente no commercio, as mercadorias reivindicadas acharem preço inferior áquelle mediante o qual haviam sido vendidas. O reivindicante supportará esse prejuizo da differença, pois somente elle deve soffrer as consequencias da sua confiança.¹

749. Se a cousa está era poder do fallido a titulo de penhor, o reivindicante para obter a restituição deve previamente pagar a divida a que ella serve de garantia.

ARTIGO III

Rito processual da reivindicação

Summario. — 750. Meios de obter a reivindicação. — 751. Reivindicação amigavel. — 752. Reivindicação judicial. — 753. E' indifferente que o reivindicante seja commerciante, e a reclamação ou a acção obstem a venda do objecto que se pretende reivindicar, salvo se é de fácil deterioração. — 754. A reclamação o a acção reivindicatória não annullam a anterior alienação.

750.A reivindicação pode ser obtida *amigavel* ou *judicialmente*.

¹ BOILEUX sur BOULAY-PATY, Traité des Faillites, vol. 2, n. 1036; NAMUR, Cod. Com. Belge, vol. 3, n. 2055.

751. Com o intuito de simplificar a reivindicação, evitando despesas com processos, os syndicos estão habilitados a fazer ao dono a restituição amigavel da cousa reclamada, daquela em que tiver sido subrogada ou do seu valor, desde que:

- a) não haja a menor duvida nem contestação, e
- b) a comissão fiscal auctorisar a restituição.¹

Essa medida precisa ser exercida com muita cautela, para evitar abusos e predilecções odiosas por parte dos syndicos e dos membros da comissão fiscal, os quaes respondem civil e criminalmente pelo acto que praticarem contra os interesses da massa.

752. Judicialmente offerecem-se três meios para o reivindicante exercer os seus direitos:

1.º *os embargos de terceiro senhor e possuidor*, opostos por ocasião da arrecadação dos bens;²

2.º *a reclamação* por ocasião da classificação de creditos;³

3.º *a acção reivindicatoria*.⁴

Estudaremos mais adeante cada um desses meios.

¹ Decr. n. 917, art. 68 § 3.

— O Trib. de Just. de S. Paulo, por Ac. de 4 de Março de 1897, julgou que a entrega amigavel só era permittida, na segunda phase da fallencia, quando já está nomeada a comissão fiscal, cuja audiencia é imprescindivel. Revista Mensal, vol. 5, pag. 261.

— Quasi todas as legislações admittem esta restituição pacifica ou amigavel da cousa pertencente a terceiro, com auctorisação do juiz da fallencia. Vide Cods. Coms. Francez, art. 579; Belga, art. 572; Argentino, art. 1528; Chile, art. 1512; Lei Suissa, art. 106 e segs. e 242; Lei Roumaica, art. 817.

— O Cod. Com, art. 811 e o Reg. n. 737, art. 625, davam ao juiz a faculdade de mandar entregar logo ao reivindicante a cousa reclamada quando não se offerecia duvida.

² Decr. n. 917, art. 150.

³ Decr. n. 917, art 62 § 1.

⁴ Decr. n. 917, art. 68 § 5, verbis: “A reclamação ou acção de reivindicação.”

753. Pouco importa que o reivindicante seja ou não commerciante; uma vez oppostos os embargos, feita a reclamação ou proposta a acção, a massa não pode vender a coisa que elle pretende reivindicar.¹ Vide n. 629.

Se a coisa for de facil deterioração, deve ser vendida em basta publica depositando-se o producto.²

754. A reclamação e a *acção reivindicatoria* não annullam, porém, a anterior alienação,³ pois seria injusto que a negligencia do remndicante pudesse destruir factos consummados.

§ 1.º

Os embargos de terceiro senhor e possuidor

Summario. — 755. Estes embargos devem ser offerecidos na primeira phase da fallencia. — 756. Seu processo. — 757. Recursos. — 758. Caracter destes embargos. — 759. A decisão do juiz não faz caso julgado. — 760. Qualquer credor pode ser assistente e agravar. — 761. Nestes embargos não se conhece da nullidade da escriptura que serve de fundamento à pretensão do terceiro, salvo quando é absoluta.

¹ Decr. n. 917, art. 68 § 5; art. 150 § 5, verbis: "...ficarão em deposito até final decisão..."

² E' esta a solução que o Decr. n. 917, art. 150 § 5, expressamente dá no caso dos *embargos de terceiro*, e que por analogia deve ser deve ser aceita nos dois outros.

³ Decr. n. 917, art 68 §5 Identica disposição no Cod. Com. Italiano art. 808 e Lei Roumaica, art 818.

755. Pode succeder que entre os bens arrecadados pela massa figurem bens de terceiro (n. 444).

Emquanto a fallencia se acha no primeiro período, na sua phase de instrucção, cabe ao dono o meio de *embargos de terceiro senhor e possuidor*.¹

756. O processo desses embargos é summarissimo e corre em auto apartado do da fallencia.²

O terceiro deve expor a materia dos embargos por meio de petição. Despachada e autoada esta, o terceiro junctará, dentro de tres dias contados da data do despacho proferido na referida petição, titulo de dominio e provará a posse natural, ou civil com effeitos da natural.³

Não se tracta de um simples remedio possessorio; o dominio deve ser provado por titulo habil e legitimo.⁴

Findo o triduo concedido para a deducção do direito do embargante, haverá vista o curador fiscal por outros três dias, dentro dos quaes fará as suas allegações e produzirá provas documental,

¹ Decr. n. 917, art. 68 § 5. Identica disposição no Cod. Com. Italiano, art. 808 e Lei Roumaica, art. 818.

² O Decr. n. 917, art. 150.

— A jurisprudencia anterior ao Decr. n. 917 já havia admittido os embargos de terceiro senhor e possuidor para se retirar da massa fallida bens que fossem arrecadados e nella se achassem, enquanto não havia o contracto de união, *ad instar* dos embargos de terceiro nas execuções. Decisão do Presidente do Trib. do Com. da Corte, de 1º de Junho de 1865 na Revista do Inst. da Ordem dos Advogados Brazil, vol. 4, pag. 167; Accs. do Trib. do Com. da Corte de 24 de Novembro de 1870 e de 27 de Fevereiro de 1871, na Gaz. Jurid. do Dr. PERDIGÃO, vol. 3, pag. 368; decisão do juiz do commercio da Corte, confirmada por Ac. da Rei. de 9 de Julho de 1878, n'º Direito, vol. 17, pag. 324; TEIXEIRA DE FREITAS, Add. ao Cod. do Com, pag. 1198.

Esses embargos corriam em auto apartado para não pertubar o processo da fallencia, e da decisão final dava-se agravo com fundamento no art.669 11 do Regul. N. 737. Vide O Direito, vol. 17, pag 324. Appellação também se admittia. Vide O Direito, vol.28, pag 595.

³ Decr. n. 917, art. 150.

⁴ O Supremo Trib. de Just. das Alagoas denomina estes embargos de terceiro: *embargos para manutenção de direitos sobre bens sequestrados ou arrecadados pelos syndicos*. Quanta impropriedade de termos! Vide O Direito, vol. 69, pag. 372.

testemunhal, vistoria e exame de livros, para o qual, attenta a urgencia, os peritos serão nomeados pelo juiz.¹

Depois deste segundo triduo sobem os autos á conclusão para sentença.² A lei não marcou prazo para a prolação da sentença; confiou no zelo do juiz. A decisão deve ser proferida com a maxima celeridade. A natureza do incidente assim o exige.

Se o juiz julgar provados os embargos, mandará entregar ao terceiro embargante os bens reclamados.³

Se não, remetterá o terceiro embargante para os meios ordinarios (vide n. 762 e 763), ficando era deposito os bens reclamados até final decisão, salvo se forem de facil deterioração, caso em que serão vendidos em hasta publica, depositando-se o producto.⁴

757. Da sentença que julgar provados ou não os embargos cabe o recurso de agravo.⁵

Os syndicos podem agravar? A razão da duvida é ter o Decr. n. 917, no art. 150, quando estabeleceu o processo dos embargos de terceiro, excluido do juizo os syndicos, e feito intervir somente o curador fiscal, a quem permittiu junctar dcumentos e produzir provas (§ 1.º do cit. art. 150).

Os tribunaes, entretanto, têm reconhecido a competencia dos syndicos para intervirem no processo e agravarem,⁶ pois, na qualidade de representantes da massa, lhes incumbe defendel-a em tudo quanto a possa prejudicar.

¹ Decr. n. 917, art. 150 § 1.

² Decr. n. 917, art. 150 § 2.

³ Decr. n. 917, art. 150 § 3.

⁴ Decr. n. 917, art. 150 § 5.

⁵ Decr. n. 917, art. 150 § 4.

⁶ O Trib. de Just. de S. Paulo assim tem decidido. Entre outros acordams podemos lembrar o de 18 de Maio de 1898, (aggravante a massa fallida de S. A. Bataillard e aggravados A. P. de Castro & Cº), tendo sido a preliminar levantada pelos aggravados.

758. Já pelo rapido processo estatuido pelo Decr. 917 no art. 150, já pelo recurso que cabe da decisão, nenhuma duvida pode restar que, como aliás era de palpitante conveniência no juizo summario da fallencia, a missão do juiz, nestes embargos, se cinge a examinar e declarar se os títulos exhibidos para prova do dominio e as provas da posse estabelecem em favor do terceiro embargante a necessaria presumpção para ser mantido no uso e gozo dos bens arrecadados até que pelos meios ordinários lhe sejam reivindicados.¹

759. A decisão do juiz não faz caso julgado. O terceiro fica sempre com o direito salvo de reivindicar pelos meios ordinarios os bens reclamados, e a massa com o de promover a nullidade dos actos em que o terceiro tiver fundado a sua reclamação.²

760. Qualquer credor pode, na qualidade de assistente, intervir nos embargos de terceiro e agravar da decisão do juiz.³

E' direito incontestavel do credor singular (n. 202).

761. Tem-se perguntado se nesses embargos se pode conhecer a nullidade da escriptura que serve de fundamento á pretensão do terceiro.

Convem distinguir. Se se tracta de qualquer nullidade absoluta de pleno direito definida no art 684 do Beg. n. 737 de 1850 ou no art.28 do Decr. n. 917, a qual torna o acto delia eivado sem valor para qualquer

¹ Ao. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 14 de Junho de 1895, a *Revista Mensal*, vol. 1, pag. 60.

² Decr. n. 917, art. 150 § 6.

³ Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo de 14 de Junho de 1895, na *Revista Mensal*, vol. 1, pag. 59.

O Sup. Trib. de Just. das Alagoas em Ac. de 23 de Maio de 1895 julgou em sentido contrario. Tanto tem de insustentavel a doutrina deste acordam quanto de juridico e irresponsivel o voto vencido do juiz TENORIO DE ALBUQUERQUE. O *Direito*, vol. 69, pag. 372.

- A jurisprudencia antiga também admittia nesses embargos a assistencia do credor singular e permittia que elle appellasse da decisão judicial. Vide *O Direito*, vol. 28, pag. 695.

efeito juridico ou official,¹ não resta duvida que pode e deve ser pronunciada pelo juiz, até quando mesmo não allegada.²

Se, porém, a nullidade tiver fundamento nos arts. 29 ou 30 do Decr. n. 917, não pode ser conhecida.

O Decr. n. 917 estabeleceu o rito summario para a acção revocatoria ou de nullidade, e não deve ser substituido pelo processo rapido, summarissimo, dos embargos de terceiro; seria restringir os meios de defesa e lesar o reclamante em seus direitos.³

A disposição final do § 6.º do art 150 do Decr. n. 917, dispondo que a decisão que julgar provados os embargos não prohi be a declaração posterior da nullidade do acto era que o terceiro tiver fundada a sua reclamação, vem em apoio da doutrina acima expendida.⁴

§ 2.º

A reclamação reivindicatoria

Summario. — 762. Opportunidade de o credor reclamar a sua posição de reivindicante.

¹ Regul. n. 737, art. 686 § 1.

² Regul. n. 737, art. 689.

³ A jurisprudencia anterior, que mandava processar esses embargos na fallencia como embargos de terceiro na execução commum (arts. 597 e segs. do Regul. n. 737), tolerava que se conhecesse da nullidade da escriptura que servisse de fundamento aos embargos. Ac. da Rel. do Rio, de 27 de Junho de 1882 n'0 Direito, vol. 28, pag. 595, sentença do Supremo Trib. de Just. De 16 de Julho de 1884, n'0 Direito, vol. 35, pag. 24, e Ac. revisor da Relação de Porto Alegre, n'0 Direito, vol. 39, pag. 287. O processo actual, estatuido pelo art. 150 do Decr. n. 917, é muito mais restricto que o do instituto de embargos de terceiro na execução ordinaria.

⁴ Não entende assim o Tribunal da Relação de Minas Geraes, que, em Ac. de 30 de Abril de 1898, no Forum, vol. 6, pag. 254, julgou que a massa podia, em defesa, nos *embargos de terceiro* allegar e provar a fraude e simulação do contracto.

762. Por ocasião da classificação definitiva de credits offerece-se a todos os que se considerem com interesses na massa ampla, discussão sobre os direitos que julguem ter, cabendo da decisão do juiz recurso para superior instancia. E' o momento opportuno de quem quer que se sinta prejudicado na classificação reclamar a sua posição de reivindicante.

Vide tudo quanto ficou dito nos ns. 648 e segs.

§ 3.º

A acção reivindicatoria

Summario. — 763. O rito processual da acção reivindicatoria.

763. A acção reivindicatoria na fallencia tem o rito summario (Reg. 737, arts. 237 a 243) e é processada perante o juiz da fallencia, com appellação em ambos os effeitos, sendo permittido a qualquer credormintervir como assistente.

Rege o caso o art. 35 § 1. do Decr. n. 917, verbis, "...e quaesquer outras intentadas contra a massa..."

SECÇÃO III

Credores separatistas

Summario.— 764. Noções geraes sobre os credores separatistas. — 765. Quaes sejam.

764. *Credores separatistas*, no sentido proprio da palavra (separatistas *ex jure crediti*), são os que, não obstante serem simples ou pessoas, têm, em virtude de um motivo particular, o direito de pedir que

uma parte dos bens do devedor seja separada da massa e que o seu credito seja pago sobre essa parte com exclusão dos outros credores.¹

765. São credores separatistas:

1.º Os que estiverem com o fallido em relações de co-propriedade ou em sociedade, para que pelos bens que formam a co-propriedade ou a sociedade sejam pagos de seus créditos.

Resente-se de má redacção esta disposição do art 69, b, do Decr. o. 917, e para que seja bem entendida iremos até as suas fontes.

A Lei Allemã, no § 44, dispõe: "O que se achar com o devedor commum em relação de co-propriedade, de sociedade ou de outra communhão, pelos creditos que se derivarem de tal relação, pode exigir o pagamento privilegiado sobre a quota que couber ao devedor commum em virtude da divisão ou outra liquidação."

A Lei Hungara, no art. 51: "Os co-proprietarios com o fallido e os que se acharem com elle associados em communhão podem exigir a separação de uma parte do patrimonio do fallido e o pagamento de seus creditos, por preferencia sobre esta parte, fundando-se nas relações acima indicadas com o fallido."

Fica assim bera claro o sentido da nossa lei. Para qae appareça a qualidade de *separatista* é essencial:

a) que existam relações de co-propriedade, sociedade ou comunidade entre os credores e o fallido;

¹ MACKELDEY, *Droit Rom.*, § 776; WINDSCHEID, *Pandect*, vol. 2 § 272.

TEIXEIRA DE FREITAS, *Additamentos ao Código do Commercio*, commentario ao art. 873, pag. 1205, observava que o art. 873 do Código não alludia a credores separatistas, isto é, a terceiros com direito dominical em cada um dos bens de um patrimonio inteiro ou de uma massa inteiramente, que na massa fallida se achasse envolvido, mas que este silencio do Cod. nao podia mudar a natureza das cousas, desconhecendo esta classe de credores.

A jurisprudencia, não poucas vezes, reputou casos de *separação de patrimonios* como se fossem *creditos de dominio*.

b) que o credito provenha dessas relações.

Aplicação em um caso: **A**, **B** e **C** são donos de uma situação agrícola. Estes dois ultimos condminos fizeram obras e bemfeitorias á sua custa, valorisando aquella propriedade; tornaram-se credores de **A**. Declarado **A** fallido, é arrecadada para a massa a parte a que tem direito. **B** e **C** gosam a faculdade de pagar-se de seus credits precipuamente sobre esta parte.

2.º Os credores e os legatarios de um defuncto cujo herdeiro é o fallido, sobre os bens da herança para que por elles sejam pagos com exclusão dos credores desse fallido.¹

Temos aqui o instituto propriamente denominado beneficio da separação, cujo fim é remediar o prejuizo que aos credores do defuncto pode causar a confusão resultante da acceitação pura e simples da herança por um herdeiro insolvel. A separação dos patrimonios, que a lei romana chama com razão *cequissimum benefitium, indemnitatis remedium, commodum*, proporciona aos credores da herança o meio de conjurarem aquelle perigo, permittindo que elles se paguem sobre os bens do defuncto preferencialmente aos credores pessoas do herdeiro.²

Este beneficio compete tambem aos legatarios, mas legatarios de coisa determinada somente pelo genero.³

¹ Decr. n. 917, arfc. 69; c. Lei Allemã § 43.

² COELHO DA ROCHA, Direito Civil, vol. 2 § 663; LOUREIRO, Dir. Civil Braz., vol. 2 § 552; BAUDRY-LACANTINERIE ET LOTNES, Nantissement, n. 852 e segs; e Successions, na. 4031 e segs.; LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 10, n. 2 e segs.; VAINBERG, La Faillite d'après le Droit Romam, pag. 168 e segs.; MACKELDEY, Droit Rom., § 776.

— O instituto da separação de patrimonio visa o mesmo escopo do beneficio de inventario: evitar a confusão dos bens e das dividas (GOUVÊA PINTO, *Testamentos e Successões*, ed. TEIXEIRA DE FREITAS, nota 514).

³ BAUDEY -LACANTINERIE ET LOYNES, Nantissement, n. 852. Os legatarios a titulo universal ou universaes estão *loco heredum*, reputam se herdeiros, e respondem como estes pelas dividas passivas da herança, salvo o beneficio de inventario (GOUVÊA PINTO, *Testamentos e Sucessões*. Não tem pois necessidade de separação de patrimonios. Assim também os legatários particulares de coisa individualmente designada (BAUPRY-LACANTINERIE ET LOYNES, Nantissement, n. 862). Seriam credores reivindicantes (Vide GOUVÊA PINTO, *Obr. cit.*, § 354 e nota 581).

Cessa, porém, a qualidade de separatista *ex jure crediti* quando os credores acceitam, por qualquer modo, no juizo do inventario ou fora d'elle, como devedor proprio, o herdeiro ao qual são adjudicados bens com o encargo de pagar as dividas passivas do *de cujus*. Neste caso dá-se uma das figuras da novação.

SECÇÃO IV

Credores privilegiados

Summario. — 766. Que sejam credores privilegiados? — 767. Os privilegios são de direito estricto. — 768. Valor juridico do privilegio. — 769. Como são pagos os credores privilegiados. — 770. Os privilegios são geraes ou particulares.

766. *Credores privilegiados* são os que, em virtude da qualidade que é inherente a seus creditos ou da causa de que estes derivam, gosam o predicamento de ser pagos preferencialmente a outros credores, cujos creditos não se acham revestidos dos mesmos caracteres.¹ Este *direito de preferencia* é denominado *privilegio*.

Não se tracta de um favor ou prerogativa pessoal, pois não ha pessoas privilegiadas. Existe apenas a preferencia de um sobre outro credor, mesmo anterior, no caso de fallencia do devedor commum, preferencia justificada, repetimos, pela qualidade ou causa do credito.²

¹ Assim devemos entender a ultima parte da disposição do art. 69, c, cuja redacção a torna pouco comprehensivel.

O Decr. n. 917 faz applicação ao thema de fallencia do beneficio de separação, instituto de direito civil, que aqui não soffre a menor alteração. Vide L. 6 §§ 11 e 15 Dig. 42, 6; COELHO DA ROCHA, *Direito Civil*, § 663; e MACKELDEY, *Droit Romain*, § 776, n. 5.

² LAFAYETTE, *Dir. das Cousas*, § 269.

767. *Privilegia sunt stricti juris nec extenduntur*: eis um axioma que servirá para resolver, com seguro criterio, muitas duvidas no assumpto que estudamos. O juiz, com o seu arbitrio,¹ e a convenção das partes, não podem crear privilegios, nem os ampliar por analogia; sua criação, extensão, efeitos e modos de extinção resultam só e unicamente da lei.² Existe, comtudo, uma modificação a estes principies, o penhor. Este privilegio convencional constitue, é verdade uma anomalia, mas é a propria lei que assim o quer.³

768. O privilegio cede á *hypotheca* anteriormente inscripta⁴ prevalece, porém, a respeito do preço dos immoveis hypothecados anteriormente, depois de pagas as dividas hypothecarias e os creditos provenientes das despesas e custas judiciais feitas para excussão do imovel hypothecado e que serão deduzidas precipuamente do producto do mesmo imovel.⁵

769. Os credores privilegiados pagam-se pelo producto dos bens, era que tiverem privilegio até onde chegar esse producto;⁶ pelo saldo serão *chirographarios*.⁷

¹ Escriptores modernos têm censurado a expressão privilegio por não estar de accordo com a linguagem juridica actual. Vide LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. 29, n. 304; LOMONACO, *Diritto Civile Italiano*, vol. 7 pag. 114.

² FELICIO DOS SANTOS, *Commentario ao Proj. do Cod. Civil Braz.*, art. 2515; GUILLOUARD, *Privileges et Hypotheques*, vol. 1, n. 130; AUBRY ET RAU, *Droit Civil Français*, vol. 3 § 258; LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. 29, n. 306.

³ Vide LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol, 29, n. 307.

⁴ Decr. n. 917, art. 70, n. I pr. e n. II pr; Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 5; Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 220.

— LAFAYETTE, *Dir. das Cousas*, § 269, n. 5: “Hoje a *hypotheca*, legal ou convencional, é pura, e illide e perime sempre o privilegio, qualquer que seja a sua prerogativa. Este principio é absoluto; só se lhe concede uma excepção, a que respeita ás despesas e custas judiciais feitas com a excussão do imovel.”

⁵ Decr. n. 917, art. 70 § L

⁶ Decr. n. 917, art. 70 § 2. E' isto que caracteriza a distincção entre a reivindicação e o privilegio propriamente dito. Aquella confere ao proprietario o direito de reaver a sua coisa *in natura*; este apenas lhe dá o direito de se fazer pagar sobre o valor da coisa.

⁷ Decr. n. 917, art. 70, n. IV, c.

Concorrendo os privilegiados uns com outros a respeito dos mesmos bens por se acharem em egualdade de direitos, são pagos em rateio, se os bens não bastam.¹

770. Os privilegios são *geraes* ou *particulares*, também ditos *especiaes*.

Os primeiros abrangem todos os bens do devedor, excepto os expressamente declarados em lei; os segundos versam sobre certos e determinados bens.

ARTIGO I

Privilegios geraes

Summario. — 771. Credores que tem privilegio geral. — 772. O privilegio da Falenda Publica. — 773. Os Estados e as Municipalidades não têm privilegio.

771. Têm *privilegio geral*, isto é, privilegio sobre todo o activo (moveis e immoveis) salvo hypotheca, antichrese ou penhor devidamente inscriptos e anteriores á emissão ou á divida,² ou em garantia do pagamento do preço do immovel adquirido depois dellas (emissão ou divida):

1.º Os portadores de obrigações (debentures) emittidas pelas sociedades commanditarias por acções.³

¹ Decr. n. 917, art. 70 § 1.

² O Decr. n. 917 no art. 70, n. I, somente fala de emissão, mas isso em referencia aos credores declarados no inciso a. Quanto aos outros (incisos b e c), a hypotheca deve ser anterior á divida.

³ Decr. n. 917, art. 70, n. I, a.

2.º Os feitores, guarda-livros, caixeiros, agentes e domesticos do fallido pelas soldadas ou salarios vencidos no anno immediatamente anterior á data da declaração da fallencia, tenham ou não registrados os seus titulos de nomeação.¹

Esta disposição refere-se evidentemente a auxiliares, propostos, que prestaram directamente serviços ao fallido e fez cessar, na fallencia, a exigencia do art. 74 do Codigo Commercial.

Os empreiteiros, commissarios, corretores, agentes de cambio gosam este privilegio; elles não prestam serviços exclusivos ao fallido; são antes agentes de negocios servindo contemporaneamente a muitas pessoas; não precisam desta protecção legal, devendo-se interpretar estrictamente toda materia de privilegios (n. 767).²

3.º A equipagem (*gentes de mar*) pelas soldadas e salarios que não estiverem prescriptos nos termos do ait 449 n. IV do Codigo Commercial.³

Por equipagem ou tripolação se entende o capitão, officiaes, marinheiros e todas as mais pessoas empregadas no serviço do navio, menos os sobrecargas (art. 564, 2.º parte do Cod. Com.).

772. Entre os credores com privilegio geral inclue-se a Fazenda Nacional pelos seus creditos fiscaes.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. I, b. Cod. Com. art. 876, n. IV.

² VIDARI, Corso, vol. 8, n. 8216; TEIXEIRA DE FREITAS, *Addittamentos* ao Codigo do Commercio, Observações ao art. 876, n. 3, pag. 1231.
Já se julgou que o corretor não tem credito privilegiado porque a lei não lhe confere expressamente tal privilegio, e nisso não importa a acção executiva que gosam para cobrança de suas commissões. O Direito, vol. 3, pag. 190.

³ Decr. n. 917, art. 70, n. I, c: Cod. Com. art. 876, n. IV.

⁴ Lei n. 221 de 20 de Setembro de 1894, art. 86, que revogou o art. 69, a. do Decr. 917; Decr. n. 848 de 11 de Outubro 1890, art. 330.
Vide direito antigo em REGO BARROS, Contencioso Administrativo, pag. 497 f segs.; SOUZA BANDEIRA, Manual dos Feitos, §§ 387 e 388 e nota 419. A tendência hoje manifestada pelo Poder Executivo de invadir os dominios legislativos nos multiplos regulamentos, sem o menor critrio expedidos para o funcionamento de diversos serviços

São, porém, titulos de preferencia contra a Fazenda Nacional, provando-se sua anterioridade á divida fiscal:

a) as hypothecas legaes ou convencionaes especializadas e inscriptas na forma da lei;

b) o direito sobre o valor das bemfeitorias, quanto ao credor que emprestou dinheiro ou concorreu com os materiaes ou a mão de obra para a edificação, reparação ou reedificação do predio, bem como para se abrirem ou arrotearem terras incultas.¹

773. Os Estados e as Municipalidades não têm privilegio. O Decr. n. 917 não o estabeleceu, e os privilegios não se suppõem nem se admittem por analogia.² Com a tendencia invasora que os domina, os Estados e as Municipalidades têm, nas respectivas leis, estabelecido o privilegio para as suas dividas.

publicos, deu lugar á seguinte disposição do art, 44 § unico do Decr. n. 2792 de 11 de Janeiro de 1S98 (Regulamento para arrecadação do imposto de industria e profissão): "Do mesmo modo nenhuma causa por fallencia (?) ou outro motivo será julgada, sem o pagamento previo á Fazenda Nacional do que devido for."

E o privilegio do art. 86 da Lei n. 221 ?

— Em nosso direito fiscal temos ainda as seguintes disposições, que não sabemos como conciliar com as que ficara expostas no n. 772:

"Quando o fallido for o devedor contra o qual se promover a cobrança de divida de origem fiscal, o procurador da Fazenda reclamará administrativamente no juizo da fallencia o seu pagamento, intentando previamente o processo executivo pelo juizo seccional, bem como o sequestro, se for necessario. Caso não produza efeito a reclamação, proseguirá no juizo seccional o executivo até real embolso da Fazenda." Decr. n. 988 de 29 de Fevereiro de 1888, art. 42; Decr. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898 (*Consol. das Leis referentes á Justiça Federal*), Parte 5, art. 39.

"Pode ser também o executivo fiscal directamente intentado contra as seguintes pessoas, como representantes legaes, que são: a) contra o curador fiscal e syndicos da massa fallida por divida do fallido". Decr. n. 9885, cit. art. 4; Decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 191; Decr. n. 3084 cit. Parte 5., art. 55 § unico.

¹ Decr. n. 848, de 11 de Outubro de 1890, art. 330. Decr. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898 [*Consol. das Leis referentes á Justiça Federal*], Parte 5, art. 85.

² O Cod. Com. Argentino, no art. 1499, n. 6, dá privilegio geral aos creditos do fisco e das municipalidades por impostos devidos.

ARTIGO II

Privilegios particulares

774. Os privilegios particulares ou especiaes são a consequencia de situações diversas, em que se pode achar o credor, cada uma das quaes tem as suas regras proprias.

Gosam o privilegio particular, salvo hypotheca anteriormente inscripta, os seguintes:

- 1.º Os credores pignoratícios;
- 2.º os credores antichresistas;
- 3.º os credores com direito de retenção;
- 4.º os credores pelos alugueis de predios urbanos e pela renda ou foro dos peédios rusticos;
- 5.º os carregadores;
- 6.º os credores por titulos especiaes ao direito maritimo.

§ 1.º

Credores pignoratícios.

Summario. — 775. O privilegio ligado ao penhor mercantil. — 776. Remissão do penhor pelos syndicos. — 777. Caso em que os bens dados em penhor devem ser vendidos em leilão. — 778. Satisfeito o credor pignoratício, desliga-se da massa. — 779. Quando o credor pode excutir o

penhor. — 780. Penhor constituido por terceiro em beneficio do fallido.

775. O contracto de penhor mercantil, celebrado nos termos dos arts. 271 e 272 do Cod. Com., e consummado pela tradição, gera em favor do credor um direito real sobre a cousa.

A este direito real (*jus pignoris*) anda sempre ligado o direito de preferencia (*privilegio*), isto é, o direito de o credor pagar-se precisamente com o producto da venda do objecto empenhado.¹

776. Era regra, os empréstimos garantidos com penhor encontram larga margem no valor dos bens empenhados. A massa tem todo o interesse em resgatar estes bens pagando desde logo integralmente a divida, já para evitar a fluencia de juros que não cessam com a declaração da fallencia (n. 226), já para recompor devidamente o activo reunindo a sua substancia, já finalmente para evitar que o objecto do penhor seja vendido a requerimento do credor em condições desvantajosas.

D'ahi a obrigação imposta aos syndioos, ainda quando provisorios, de remir taes bens, o que podem fazer antes mesmo do tempo accordado na convenção, porque a fallencia torna exigiveis todas dividas (n. 450).

777. Se, porém, a remissão não traz conveniencia á massa,² ou se a massa não dispõe de recursos para esse fim, deve, pelos seus representantes, intimar os credores pignoratícios para trazerem a leilão os bens entregues em garantia. Mas isso já cabe aos syndicos definitivos, pois se relaciona com a liquidação do activo.

O producto dos bens é precipuamente destinado ao pagamento do credor pignoratício; a sobra, havendo, entrará para o activo da massa;

¹ LAFAYETTE, *Dir. das Cousas*, § 163.

² Só a beneficio da massa se deve fazer a remissão. Decr. n. 917, art. 70, n. II § 2.

mas se, pelo contrario, não bastar aquelle producto, pela differença figurará o credor como chirographario.¹

778. Remido o penhor ou pago integralmente o credor pignoratício sobre o producto dos bens, este credor desliga-se da massa e nada mais tem com a fallencia.

779. Se os syndicos não cumprem o dever que a lei lhes impõe de remir ou de citar o credor para trazer a leilão os bens dados em penhor, o credor pode excutir-os usando da competente acção. Este direito está reconhecido no art. 27 § 4.º do Decr. n. 917. Vide quanto ficou dito no n. 208, inciso c.

780. Quando o penhor é constituído por um terceiro a beneficio do devedor fallido, os syndicos não podem remir os bens offerecidos em garantia, porque não a massa, mas aquelle terceiro é o proprietario delles; nem fazel-os vender porque ninguem pode promover a venda de cousa alheia, desde que sobre ella não tenha um direito real.² O terceiro é que deve remir, ou, vencida a divida, auctorisar a venda, afim de embolsar o credor pignoratício, até onde chegar o producto dos bens onerados, e receber o saldo que por ventura houver.

Se o credor for de todo pago, o terceiro tem o direito de pedir a sua entrada na massa na qualidade de chirographario, como se fora fiador;³ se, porém, o producto dos bens não chegar para total pagamento, este terceiro vae a massa pedir o que pagou, e pelo seu saldo vae o credor haver também da massa a differença como credor chirographario.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II § 2; e n. IV, c. Cod. Com. art. 883.

² VIDARI, Corso, vol. 8, n. 8210.

³ Decr. n. 917, art. 70, n. IV § 1.

⁴ Decr. n. 917, art. 70, n. IV, c.

§ 2.º

Credores antichresistas

781. A antichrese é um contracto de direito civil, e pelas normas desse direito deve ser regida quando estipulada entre commerciantes.

Aos credores antichresistas applica-se completamente tudo quanto ficou dito acima sobre os credores pignoratícios (ns. 775 a 780).

§ 3.º

Credores com direito de retenção

(Theoria do direito de retenção)

Summario. — 782. Importancia do assumpto. — 783. Que é direito de retenção? — 784. Suas condições existenciaes. — 785. Cousas sobre que pode versar. — 786. Não offende ao principio segundo o qual ninguém pode fazer justiça por si mesmo. — 787. O direito de retenção em nosso direito civil. — 788. No direito commercial patrio, e especialmente no instituto da fallencia. — 789. Fundamento e justificação do direito de retenção. — 790. Legislação comparada. — 791. Caracteres do direito de retenção. — 792. E' direito real. — 793. E' indivisivel. — 794. E' accessorio. — 795. Não é essencial que o credito seja liquido. — 796.

Suas causas geradoras. — 797. Direito de retenção legal. — 798. O que cabe ao vendedor não pago. — 799. Aos trapicheiros, administradores de armazens de deposito e empresas de docas. — 800. Aos conductores e commissarios de transporte. — 801. Ao mandatario. — 802. Ao commissario. — 803. Aos operarios, artistas, fabricantes e empreiteiros. — 804. Aos hoteleiros. — 805. Aos credores por bemfeitorias. — 806. Direito de retenção tacito. Suas condições. A coisa deve se achar á disposição do credor por consentimento do devedor. — 807. Excepções. — 808. O devedor deve ser proprietario da coisa retida. — 809 Entre a divida e a coisa retida deve haver connexidade. — 810. Na fallencia o direito de retenção realisa-se ainda que a divida não esteja convencionalmente vencida. — 811. Realização do direito de retenção na fallencia do devedor. — 812. Caso em que o credor pode excutir directamente o objecto retido. — 813. O direito de retenção e o de penhor; analogias e difierenças. — 814. O direito de retenção e a compensação; affinidades e difierenças.

782. O *direito de retenção* constitue assumpto merecedor de acurado estudo. Não se pode negar a dificuldade, muitas vezes invencivel, de expor a theoria deste instituto era nosso direito, principalmente quando só o vemos surgir com certo desassombro no Decr. n. 917.

Longe de pensarmos com LAURENT que o *direito de retenção* seja *un tissu d'inconsequences*,¹ ou com LENZ *indigno de fornecer argumento* para uma monographia,² ao contrario, vemos nelle um instituto de grande profundeza theorica e de incalculsveis vantagens praticas. Não recebeu ainda da doutrina o ultimo remate, é verdade, mas a evolução juridica ha de eleval-o, mais dia menos dia, a preponderante lugar, especialmente no direito commercial.

A) Conceito do direito de retenção

783. Exercita o direito de retenção o credor que conserva a posse de uma cousa pertencente a seu devedor, ou algumas vezes, a um terceiro,³ até que o dito devedor satisfaça a obrigação relativa á mesma cousa.⁴

O direito de retenção é, pois, um meio de obrigar o devedor a executar a obrigação contrahida, é um remedio defensivo, um meio de prender a cousa alheia convertendo-a em garantia da execução da obrigação relativa a essa mesma cousa; é um favor ao credito, uma protecção á boa fé e um expediente economico, poupando as despesas e evitando as lentições de um duplo processo.

784. Da noção que acaba de ser dada decorre que são condições geraes para a existencia do direito de retenção:

¹ *Principes de Droit Civil*, vol. 29, n. 302.

² *Weisk's Rechtlexicon*, verb. *Retentionsrecht*, pag. 378 e 379.

³ A disposição do art. 27 § 3 do Decr. n. 917 auctorisa a dizer-se que o direito de retenção pode ser exercido sobre cousa pertencente a outro que não o devedor (Vide n. 808).

⁴ LAUTERBACH define o direito de retenção: "cremedium legitimam, quo creditor res debitoris vel illi debitas apud se existentes tamdiu retinet, donec illi de credito satisfiat." Dissertat., vol 3, disp. 133 de retent. § 11, n. 4.

MUHLENBRUCH: "retinere is generatim dicitur, qui crediton dominove se, quod vicissim ali debet, proestaturum vel restitutum negat, donec ipsi satisfactum sit."

D Código Civil Argentino, no art. 3939: "El derecho de retencion es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesion de ella hasta el pago de lo que le es debido por razon de esa misma cosa."

1.º que aquelle que retem seja credor;

2.º que tenha em seu poder a cousa retida ou pelo menos a faculdade de dispor della;

3.º que o credito, em virtude do qual retem a cousa, tenha com esta uma relação de connexidade (*debitum connexum, debitum cum re junetum*).

A falta de qualquer dessas condições faz desaparecer o direito de retenção.

A lei para muitos casos particulares confere taxativamente ao credor o direito de retenção, sem se afastar dos preceitos fundamentaes do instituto. Os elementos constitutivos do direito de retenção exigem, não obstante, especial estudo para que se o possa devidamente applicar a outras situações não cogitadas expressamente pela lei. Este estado faremos nos ns. 806 a 810.

785. A cousa sobre que se pode exercitar o direito de retenção é indifferente que seja movel ou immovel. Como, porém, os bens moveis constituem o objecto do commercio, é relativamente a elles que estudaremos esse instituto.

O *direito de retenção* na esphera mercantil exercita-se sobre cousa movel ou sobre titulos de credito nominativos, á ordem, ao portador, representem mercadorias ou dinheiro, mas nunca sobre quantias de dinheiro devidas ao credor retentor, pois lhe soccorreria somente compensação¹ e veremos no n. 814 que entre os institutos da compensação e do direito de retenção é sensível a differença.

786. O *direito de retenção* não offende o principio de ordem social segundo o qual ninguém pode fazer justiça por si mesmo.

¹ VIVANTE, Trattato di Diritto Commerciale, vol. 2, n. 979.

Vae de encontro a este principio quem quer que, para conseguir o fim que tem em vista, altera o *estado de facto* deitando a mão sobre bens alheios. O credor, porém, que se prevalece do *direito de retenção* já tem em seu favor o estado de facto, pois a coisa alheia se acha á sua disposição, por consentimento do devedor. Elle não faz mais do que ficar inactivo, oppondo uma causa de recusa ao devedor quando este lhe pede a entrega da coisa.¹

Quem infringe um contracto, deixando de cumprir a obrigação livremente assumida, não pode exigir que a parte lesada cruze os braços e deixe á revelia os seus direitos e interesses. O *direito de retenção* não é mais que uma garantia, uma defeza, um meio coercivo para obter do adversario o cumprimento da obrigação, tanto mais justificavel quanto a indivisibilidade dos contractos e a correlatividade das obrigações, que delles nascem, impõem a reciprocidade na sua execução, de modo que, se uma parte recusa cumprir aquillo a que se obrigou, pode a outra do mesmo modo proceder. Nemo regulariter jure desideret ab alio implementum contractus, nisi prius ipse, ex suo latere proestiterit ea quae ex conventionem obstrictus est.²

787. Em nosso direito civil não encontramos disposições geraes e uniformes que disciplinem, ou melhor, que auctorisem a construcção juridica da theoria do *direito de retenção*, mas apenas uma ou outra norma isolada sobre casos particulares, fundadas em razões diversas.³

¹ GIORGI, Obbligazioni, vol. 2, n. 392.

² VOET. Pand., n. 40. BAUDRY-LACANTINERIE ET LOYNES, Du Nantissement, vol. 1, n. 220: "Celui qui reclame la restitution d'une chose dont il est propriétaire commet un véritable dol en n'exécutant pas, de son côté, les obligations dont il est tenu envers celui qui la détient. La bonne foi exige que les droits respectifs des parties reçoivent satisfaction en même temps."

³ Sobre o direito de retenção nas *indenizações de bemfeitorias* veja-se o interessante estudo de AURELIANO COUTINHO, na Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 2, pag. 117.

COELHO DA ROCHA, nas suas *Instituições de Direito Civil Portuguez*, vol. 1 § 57, enumera o direito de retenção *entre os meios de que as leis se faz menção, que servem para conservação dos direitos*. O mesmo repete o CONS. RIBAS no Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 2, pag. 14.

788. No direito commercial patrio, onde vamos estudar o direito de retenção, dava-se o mesmo que no direito civil.

O Decr.n.917, porém, reproduzindo, no art. 27, as disposições doCodigo Federal Suisso das Obrigações, arts. 224, 225, 227 e 228, melhorou muito a nossa legislação, e, conquanto seja uma lei especialissima, nesse ponto adeantou-se ao direito commercial codificado, inspirando-se no conceito do *direito de retenção*, tal como o comprehendem hoje as mais cultas legislações. A disposição do art. 27 do Decr. n. 917 irradia-se por sobre todo o nosso direito commercial, que foi assim enriquecido com a introducção de novos materiaes para a construcção do instituto de tão alevantado alcance.

789. Não nos é permittido, no curso deste livro, desenvolver com a merecida amplitude a doutrina do *jus retentionis* desde o Direito Romano, desse direito immortal que tem servido de guia a todos os códigos modernos. Diremos, entretanto, que o antigo direito civil, rigoroso, formalista, não reconhecia essa instituição. Foi o Pretor, que tinha por missão aperfeiçoar, melhorar e corrigir o direito civil, quem introduziu a *retentio*, como remedio de equidade (*cequitatis defensio*), devendo ser exercitada por meio da *exceptio doli*.

A equidade foi ao mesmo tempo o seu fundamento e justificação, e a regra unica da sua admissibilidade.

As fontes são positivas. Ahi estão as phrases:

— *cequitatis ratione*, na L. 48 Dig., 6,1 (*de reivind.*);

- *cequum est*, na L. 65 pr. Dig. (*eodem*);
- *benignius est*, na L. 38 Dig. 5,5 (*de hered. petit.*);
- *cequitate judicii*, na L. 14 § 1.º Dig. 10,3 (*comm. divid.*)

E' essa mesma equidade que o direito moderno aceita como fundamento do *jus retentionis*.¹ Não era, portanto, possível que o direito commercial, onde tanto prepondera a equidade,² desprezasse este remedio poderosissimo. O *direito de retenção* é justificado pelas propria necessidades do commercio em seu desenvolvimento nacional e internacional; presta ás relações jurídicas, que se originam das transacções mercantis, relevantissimo serviço.

O direito de retenção que existe independente de formas, diz ROSSER, pode aninhar a fraude, mas o juiz não se acha desarmado, pois tem de verificar que entre a divida e a coisa retida haja sempre uma connexidade, que é uma questão de boa fé; todas as vezes que a connexidade não repousar sobre uma causa real, ou quando haja má fé, o juiz não deve acceitar o direito de retenção.³

790. A legislação comparada offerece-nos três diversos systemas sobre o *direito de retenção*.⁴

O 1.º, de indole germanica, considera o direito de retenção como um, instituto juridico de applicação geral, e, tractando delle separadamente, estabelece os supremos principios reguladores do seu exercicio e as condições essenciaes para a sua existencia.

¹ BAUDRY-LACANTINERIE ET LOYNES, *Du Nantissement*, n. 220; CABRYE, *Du Droit de Rétenção*, n. 78; GLASSON, *Du Droit de Rétenção*, pag. 33.

² CASAREGIS, *Dise*, 76. n. 12s; "Inter mercatores cequias, etiam non scripta in specie, sequencia est in judicando."

³ *Manuel du Droit Federal des Oblig.*, n. 276.

⁴ O Cod. Civil Allemão, no art. 273, consagra tambem o direito de retenção como um instituto existente *per se*.

Pertencem a este systema legislativo o Cod. Com. Allemão (arts. 313 e segs.,¹ o Hungaro (arts. 309 e 310), o Codigo Civil da Republica Argentina (arts. 3939 a 3946), o Codigo Federal Suisso das Obrigações (arts. 224 e segs.) e o Codigo Civil do Japão (arts. 92 a 96).

O 2.º, modelado na legislação franceza, não considera o *jus retentionis* como instituto existente por si só e de applicação geral, mas limita-se a fixal-o em certos casos especiaes.

E' o systema seguido pela maior parte das legislações.

O 3.º, anglo-saxonio, occupa uma posição intermediaria. O direito de retenção prende-se nesta legislação á theoria do *lien* que os auctores definem: um direito de detenção da propriedade alheia exercido em garantia de algum direito.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos distingue-se o *particular* do *general lien*.

O *particular lien* resulta tanto de uma convenção expressa ou tacita (por exemplo, o uso commercial), como de uma disposição legal independente de qualquer contracto (*by mere operation of lato, from the relation and acts of the partias independently of any contract*).

Esta ultima especie de *lien* é o direito de retenção.² KENT assim o define: a faculdade de reter a propriedade alheia em virtude de um direito ou credito resultante do trabalho empregado ou de despesas feitas sobre a propriedade retida (*upon the identical property detained*).³

¹ KENT, Cormnmntaries on American Law, vol. 2, n. 634; WHITAKER, Liens BOUIVER, Institutes of the American Law, Lien. SMITH'S *Mercantile Law*, vol. 2, pag. 697: "A possessory lien is a right to retain property until a debt due to tbe person retaining has been satisfied."

² Cod. Civil de New-York, Sec. 1583 — 1585; STORY, On agency, § 354; LEHR *Droit Civil Anglais*, pag. 265.

³ Commentaries on American Law, vol. 2, 634.

B) Caracteres do direito de retenção

791. O direito de retenção é:

- a) real;
- b) indivisível;
- c) accessorio.

792. O direito de retenção é real. E' ponto incontroverso a vista dos seguintes textos do Decr. n. 917:

— art. 27 § 3: "...o direito de retenção pode ser opposto ao terceiro..."

— art 29, e: "...qualquer garantia real, inclusive a retenção..."

— art. 70, n. II, c, são credores da fallencia.... com privilegio... os credores que têm direito de retenção... na cousa retida."

Temos mais:

— art. 109 do Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890: "*Tambem subsistem, posta que sem o nome de hypothecas, as obrigações reaes, que a favor de certos creditos o Codigo Commercial estabelece sobre...mercadorias.*"¹

O direito de retenção não confere, é verdade, ao credor o direito de sequela; basta attender-se a que o credor, perdendo a posse ou a faculdade de dispor do objecto retido, perde a garantia. Mas é incontestavel que a lei o reconhece como direito real, que pode ser

¹ São as hypothecas tacitas a que se refere o Cod. Com. nos art. 97, 108, 117, 189 e 632, casos de direito de retenção expressamente reconhecidos pelo art. 27,pr. do Decr. n. 917.

opposto não só ao devedor, como a seus successores ou representantes, e especialmente a massa no caso de fallencia.¹

Era para doutrina ha, para nós, uma importante consideração que ser nos levaria, na ausencia de disposição legal, a considerar o direito de *retenção* como *real*.

Que pretende o retentor?

Elle não se esforça por obter a entrega da coisa detida; não quer ser credor della, pois que entre elle e o devedor não existe um *vintaculum juris* relativo a essa coisa.

O retentor procura somente não ser privado do objecto que tem em seu poder ou á sua disposição, deseja conservar-lhe a posse ou a faculdade exclusiva de dispor della para obrigar o devedor a cumprir a obrigação, e garantir-se no caso de não cumprimento. Logo: elle está em relação directa e immediata com essa coisa (*jus in re*).

Poder-se-á negar a *realidade do direito de retenção* que serve de elemento ao penhor?²

¹ Não ha, entre nós, razão de ser para a questão que se levanta entre os escriptores francezes e italianos sobre a *personalidade* ou *realidade* do direito de retenção. Em tres systemas se dividem elles:

O 1.º conservando a tradição do Direito Romano, onde o direito de retenção e sancionado pela *exceptio doli mali*, considera-o como um direito essencialmente pessoal, não podendo ser opposto a terceiro, comquanto CABRYE, (Du Droit de Retention, n. 13, affirme que no Direito Romano o direito de retenção era real. Segue este systema TROPLONG, Du Nantissement, ns. 442, 524 e 552; LAROMBIERE, Des Obligations, vol. 2, art. 1186, n. 46, e LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 29, n. 292.

O 2.º tem o direito de retenção como um direito *sui generis*; um direito pessoal, mas opposto a terceiro. AUBRY ET RAU, Droit Civil Français, vol. 3. § 256 bis; NICOLAS, Du Droit de Retention n. 147 e 150; BAUDRY-LACANTINIERE ET LYONS Du Nantissement, vol. 1, n. 246.

O 3.º sustenta ser um direito real. Alista-se aqui a maioria dos escriptores. PONT, *Petits Contrats*, vol. 2, n. 1292; MOURLON, Répétitions sur le Code vol. 3, n. 1244; CABRYE, Du Droit de Retention, n. 22; GUILLOUARD, *Du Droit Retention*, n. 22.

² LAFAYETTE, Direito das Cousas, § 163: "O contracto de penhor em favor do credor um direito real sobre a coisa" Vide n. 775.

L. 17, Dig. 20, 1: "Pignoris persecutio in rem parit actionem creditorii."

O *direito de retenção*, escreve PAUL PONT, nada seria, se não fosse real; não teria especialmente esse caracter de garantia que está na vontade da lei lhe conferir se fosse puramente pessoal e se somente existisse entre o credor e o devedor, pois dependeria sempre deste, alienando ou penhorando a coisa, tirar ao direito de retenção toda a sua efficacia.¹

E o direito de sequela? perguntam incessantemente os que pensam de modo contrario.

Responde-se com GUILLOUARD, Ilustrado professor da Faculdade de Direito de Caen: o direito de retenção é um direito real *sui generis* no sentido seguinte: fundado na posse que sobre a coisa tem credor, não se descobrindo aos terceiros senão em virtude desta posse, nfo pode sobreviver ao facto da posse que é ao mesmo tempo a sua causa e o seu modo de publicidade.²

793. O *direito de retenção é indivisivel*; afecta toda a coisa: *totam in totâ et totam in qualibet parte*. Assim, o devedor não pode exigir a entrega de parte ou de uma das coisas retidas por ter pago parte do credito, ou por bastar uma parte para garantir sufficientemente a divida.

794. O direito de retenção é accessorio; é uma muralha que protege a obrigação,³ é uma garantia, que suppõe um credito principal; segue as vicissitudes deste, e, se o credito se extingue extingue-se com elle aquelle direito.⁴

795. Não é essencial que o credito, a que o direito de retenção garante, seja *liquido*; basta que seja exigivel, salvo comtudo ao retentor fazer liquidal-o em breve prazo, que poderá mesmo ser limitado pelo juiz, para que a restituição da coisa detida não fique indefinidamente adiada.⁵

¹ *Les Pétits Contrats*, vol. 2, n. 1292.

² *Du Droit de Retention*, n. 23.

³ HABERSTICH *Manuel du Droit Fed. des Oblig*, vol. 1. pag. 398.

⁴ GUILLOAUD, *Du Droit de retention*, n. 2.

⁵ PAUL PONT, *Les Pétits Contrats*, vol. 2, n. 1290; SERAFINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, § 32 nota 8; GUILLOUARD, *Obr. ciT.*, n. 42.

C) Causas geradoras do direito de retenção

796. O *direito de retenção* pode emanar:

- a) de disposição expressa de lei;
- b) do concurso de certas condições de facto.

O 1.º caso está reconhecido no art. 27 pr. do Decr. n. 917, e diz-se direito de retenção necessario ou legal.

O 2.º, de que tractam os §§ 1 a 4 do citado artigo 27, chama-se direito de retenção tacito.¹

D) Direito de retenção

797. No caso de fallencia do devedor é garantido o *direito de retenção* era todos os casos expressamente previstos na legislação commercial e civil. Taes são:

798. 1.º O vendedor não pago pode reter a coisa vendida que ainda não entregou nem expediu.² Este assumpto ficou tractado nos n. 716 e segs.

799. 2.º Os trapicheiros e administradores de armazem de deposito podem reter os effectos armazenados até serem pagos do aluguel ou armazenagem devida.³

Podem tambem exercer o *direito de retenção* para haverem o pagamento das despesas feitas com a conservação dos effectos.¹

¹ Muitos accrescentam uma terceira especie — *direitto de retenção convencional*, qual aquelle que forma um dos elementos do penhor e da antichrese (CABRYE DU Droit de Retention u. 79; MOURLON, Répitit. sur le Code Civil, vol. 3, n. 1246).

² Cod. Com. art. 198. Esta disposição amplia-se ao caso do escambo ou troca em-vi do art. 225 do Cod. Com.

³ Cod. Com. art. 96.

Os administradores ou donos de armazens e trapiches alfandegados e entrepostos gosam o direito de retenção das mercadorias sob sua guarda por todas as despesas de deposito, guarda, armazenagem, embarque, desembarque, conducção, arrumação e beneficio.²

As companhias ou empresas de docas têm igual direito.³

800. O conductor ou commissario de transporte pode reter os generos carregados até ser pago dos fretes e despesas.⁴

801. 4º O mandatario tem o direito de reter, do objecto da operação que lhe foi commettida, quanto baste para pagamento de tudo

¹ Cod. Com. art. 97.

² Decr. n. 2647 de 19 de Setembro de 1860, art. 278, reproduzido no art. 239 da Consolidação das Leis das Alfandegas, de 1894.

³ Decr. n. 1746 de 13 de Outubro de 1869, art. 1 § 12.

— Esse direito de retenção das companhias de docas já foi negado por um ministro da fazenda, o Sr. RODRIGUES ALVES, na cerebrina exposição que dirigiu ao presidente da Republica, DR. PRUDENTE DE MORAES, ao submeter á assignatura deste o Decr. n. 2291 de 28 de Maio de 1896 approvando umas curiosas e estapafurdias instrucções expeditas pelo director das rendas publicas do thesouro federal sobre o serviço de descargas no porto de Santos e o encaminhamento das mercadorias para a alfandega de S. Paulo, repartição esta creada pela Lei n. 149 A de 20 de Julho de 1893, e regulamentada pelo Decr. n. 1876 de 5 de Novembro de 1894.

Nas *instrucções* approvadas pelo Decr. n. 2291 obrigava-se á Companhia Docas de Santos, concessionaria das obras do porto desta cidade e contractante do serviço de armazenagem e capatazias, a remetter para a Alfandega de S. Paulo as mercadorias para alli destinadas, devendo receber as suas taxas, por intermedio dessa repartição.

A Companhia negou-se a remetter as mercadorias sem o previo pagamento das taxas, invocando o direito de retenção que lhe conferiam a legislação commercial e os seus contractos celebrados com a administração publica.

Dahi originou-se importantissimo pleito contra a Fazenda Federal, encontrando-se na Revista de Jurisprudencia, vol. 1, pag. 193 as magistraes razões, elaboradas pelo eminente Sr. CONS. FERREIRA VIANNA, em defesa dos direitos daquelle Companhia.

A analyse minuciosa do Decr. n. 2291 de 28 de Maio de 1896 foi feita em artigos publicados no Diario de Santos e transcriptos no Jornal do Commercio e Gazeta de Noticias, nos mezes de Junho e Julho daquelle anno. Esses artigos acham-se reunidos em folheto sob o titulo — A Companhia Docas de Santos e a Alfandega de S. Paulo —, impresso em 8. Paulo na casa Gerke.

Extincta por lei a Alfandega de 8. Paulo, o Governo Federal expediu o Decr. n. 2960 de 28 de Julho de 1898 revogando o Decr. n. 2291- de 28 de Maio de 1896, terminando-se a questão sem a intervenção do Poder Judiciario.

⁴ Cod. Com. art. 117. A expressão *hypothccn tacita* de que usa o Cod. este artigo, bem como em outros, actualmente não é outra cousa senão uma obrigação real, um privilegio. Art. 109 do Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890.

quanto lhe for devido em consequencia do mandato.¹ O mesmo se pode dizer do commissario.²

802. 5.º O commissario, na fallencia do committente, tem o *direito de retenção* sobre os effeitos deste para indemnisação e embolso de todas as despesas, adeantamentos que tiver feito, commissões vencidas e juros respectivos, em quanto os mesmos effeitos se acharem á sua disposição em seus armazens, nas estações publicas ou em qualquer outro lugar, ou mesmo achando-se em caminho para o poder do fallido e provar a remessa por conhecimentos ou cautelas competentes de data anterior á declaração da fallencia.³ E', portanto, credor privilegiado nos termos expostos.⁴

Se o committente recebe os effeitos, ou, no caso de expedição, recebe os conhecimentos ou cautelas, o commissario perde o privilegio. Não tem mais o direito de retenção. É' credor simples.

803. 6.º Os operarios, artistas, fabricantes e empreiteiros sobre os objectos que fabricarem ou concertarem e dos quaes estão de

¹ Cod. Com. art. 156.

² Cod. Com. art. 190.

³ Cod. Com. art. 189.

Sobre os direitos do committente na fallencia do commissario vide ns.

⁴ Decr. n. 917, art. 70, II, c.

— Não tem fundamento o que ensina DIDIMO, Cod. Com. Braz., vol. 1, nota 190: "... o privilegio do commissario subsiste como obrigação real e *deve ser registrada nas juntas commerciaes a semelhança das que affectam os navios...*"

Não tem faltado quem dê ao commissario, no caso de expedição da mercadoria, o *direito de reivindicação* nos termos concedidos ao vendedor pelo art. 68, i, do Decr. n. 917; diz quem assim pensa que este artigo contém uma disposição generica puramente demonstrativa, estabelecida em beneficio do commercio, em virtude da qual as mercadorias expedidas ao comprador podem ser reivindicadas dadas certas condições e a equidade e a justiça também exigem que o commissario *vis-à-vis* do committente se considere como um vendedor ficticio e participante do favor do art. 68, i.

E' certo, porém, que este art. 68, i, se refere exclusivamente ao vendedor e o privilegio do commissario está clarissimamente indicado nos arts. 189 do Cod. Com. e 27 do Decr. n. 917. Essa doutrina perturbaria as relações entre committente e commissario, que são as mesmas do mandato.

posse, para pagamento de seus salarios, fornecimentos de material e mais vantagens estipuladas.¹

804. 7.º Os hoteleiros pelas despesas do viajante ou hospede sobre os objectos do devedor recolhidos no hotel, enquanto não sahirem.²

E' um privilegio analogo ao do locador (n. 815) e submettido aos mesmos principios.

Os objectos retidos pelo hoteleiro podem não ser de propriedade do hospede ou viajante; o hoteleiro não tem a indagar essa questão de propriedade.

805. 8.º Os credores por bemfeitorias sobre o augmento de valor que com ellas deram ao objecto ainda em seu poder.³

E) Direito de retenção tacito

806. Embora não haja disposição expressa de lei regulando o caso, o direito de retenção pode surgir do concurso simultaneo dos seguintes elementos:

a) Que os bens moveis e titulos se achem á disposição do credor por consentimento do devedor.

O credor não pode invocar o direito de retenção, escreve HABERSTICH, se os moveis ou titulos chegarem a suas mãos contra a vontade do devedor, por ex., se o credor induz um terceiro a lhe remetter

¹ Decr. b. 917, art. 70, n II, b. Não são contemplados por este Decr entre os credores com direito de retenção, mas não ha duvida que o seu privilegio e fundado no direito de retenção. Vide COELHO DA ROCHA, *Direito Civil*, § 657.

² Decr. n. 917, art. 70, II, j. A disposição deste artigo não prima pela clareza. Acreditamos ter dado acima o seu sentido verdadeiro. Applica-se aqui tambem a consideração da nota supra.

³ Decr. n. 917, art. 70, n. II, j. Cabem aqui as observações da nota supra. Cod. Com. art. 877, n. II

uma coisa de propriedade do devedor. As palavras com o consentimento do devedor referem-se á passagem dos objectos para as mãos do credor; querem dizer que o devedor teve em vista envial-os ao credor para este exercer o seu direito de retenção.¹

D'ahi se conclue que a coisa deve estar na posse do retentor. A palavra retenção (*retinere... rem tenere*) o indica.²

Esta posse não é a juridica, isto é, acompanhada do *animus domini*; a posse mesmo precaria é suficiente. Tracta-se de uma simples *detenção*.³

A coisa retida pode ser possuida ou pelo credor ou mesmo por um terceiro em nome d'elle. Esse terceiro toma-se mandatario.⁴

Explicando o sentido da palavra disposição, também empregada pelo art 224 do Codigo Federal Suisso das Obrigações, ROSSEL informa nos que a jurisprudencia suissa tem decidido não ser indispensavel a entrega corporal do objecto ao credor para que seja o dito objecto considerado á sua disposição; basta que o credor tenha de facto a faculdade de exclusiva de dispor da coisa que constituo sua garantia.⁵

807. O direito de retenção não se exerce, porém, em todos os casos em que os bens e titulos se achem á disposição do credor por consentimento do devedor.

¹ Manuel du Droit Fédéral des Obligations, vol. 1, pag. 393.

² Os escriptores francezes exprimem isso pelo seguinte principio: *Qui ne detient ne retient*.

PAUL PONT, *Petits Contrats*, vol. 2, n. 1298: "... pour rétenir une chose, il faut avant tout la détenir..."

³ CABRYE, *Du Droit de Retention*, n. 70. E' sempre necessário que o credor não obtivesse a entrega da coisa contra a vontade do devedor: o espolio violento ou clandestino não pode servir de fundamento ao direito de retenção.

⁴ GUILLOUARD, *Droit de Retention*, n. 45.

⁵ Manuel du Droit Federal des Obligations, a. 280.

Assim, não se pode exercer:

1.º de modo contrario ás instrucções do devedor;

2.º contra a estipulação sobre uso determinado da coisa.¹

Nestes casos já é conhecida a *intenção formal* ou mesmo presumida de o devedor excluir o direito de retenção, e o credor, antes de entrar em relações commerciaes com o devedor, leva a certeza que lhe faltará essa garantia, e que, portanto, com ella não poderá contar.²

808. b) *Que o devedor seja proprietario da coisa retida.* Isso decorre da natureza do *direito de retenção*.³

Se o devedor entregou como propria coisa pertencente a terceiro, o direito de retenção pode ser opposto a este terceiro, provada a boa fé do credor, salvo a reivindicação no caso de perda ou furto.⁴ Ha neste caso um conflicto, entre o direito que assiste ao credor de boa fé e o do legitimo proprietario. Se este deve ter todo o auxilio e protecção, aquelle, no caso excepcional de que traetamos, deve merecer tambem igual protecção. A lei seguiu um caminho de equidade: se a coisa foi roubada, ou achada por ter sido perdida, prevalece o direito do legitimo dono; nos demais casos, triumph a boa fé do credor.

¹ Decr. n. 917, art. 27 § 2.

² ROSSEL, Manuel du Droit Federal des Obltgatwns, n. 280. O Cod. fed. Suisso das Obrigações, no art. 226, ai. 2, permette que aquede que detém uma coisa do seu devedor possa, mesmo contra as instrucções deste, dadas antes do nascimento do direito de retenção ou ainda contra a estipulação de fazer da coisa uso determinado, exercer o direito de retenção sobre essa coisa, se o devedor é declarado fallido, ou se o dito credor somente teve conhecimento deste facto depols de dadas as instrucções ou de estipulado o uso.

³ O devedor continua a ser proprietario ainda que os bens moveis ou titulos estejam com o retentor; pode, pois, dispor delles, mas os aliena gravados com o direito de retenção.

⁴ Decr. n. 917, art. 27 § 3.

809. c) *Que entre a divida e a coisa retida haja connexidade.*¹

A connexidade é a estreita relação entre a divida e a coisa (*debitum cum re junctum*); é o laço que prende a coisa á divida, formando uma unidade juridica.

Esta connexidade presume-se entre commerciantes. E' o que dispõe o art 27 § 1.º in fine do Decr. n. 917: "Entre commerciantes, tal connexidade resulta das suas relações de negocio."

810. Exige-se também, como condição essencial do exercicio do direito de retenção, que a divida se ache vencida e exigível (vide n. 795).² Mas, estudando nós o direito de retenção relativamente á fallencia do devedor, excusado é lembrar esta condição, pois a fallencia torna exigiveis todas as dividas passivas do fallido.³

F) Realização do direito de retenção

811. Armado com o *direito de retenção* o credor não precisa da intervenção judicial; limita-se a manter o estado de facto já existente, tornando-se inactivo e recusando a entrega da coisa, quando pedida (n. 786). O *direito de retenção* é um direito puramente passivo;⁴ reter, pondera THALLER, não é agir, e ao credor não resta outro meio senão ficar na defensiva. Poderá o credor também tornal-o efficaz por via de *excepção*.

¹ O Cod. Fed. Suíço das Obrig. art. 224; THOI, Tratt. di Dir. Com, trad. MARGHERI, vol. 2 § 227; HABERSTICH, *Manuel du Droit Fédéral da Oblig.*, vol 1, pag. 393.

² Eis porque o art. 27 § 1 do Decr. n. 917 diz "... embora não esteja vencida a divida..."

³ SEGOVIA, Explication y critica del mero Cod. de dom. de la Rep. Argentina, vol. 1 nota 986.

⁴ Des Faillites en Droit Comp., vol. 2. pag. 33

Foi por causa disso que, entre nós, sempre se hesitou em acceitar na fallencia o *direito de retenção*. Se a retenção é um meio indirecto de tornar effectivo um credito contra o devedor, se tem o character defensivo, como admittir, sem disposição expressa de lei a tal respeito, uma preferencia desse sobre outros creditos? O direito de retenção rigorosamente falando não trazia, sob o dominio do Cod. Com., senão o direito de *reter in ceterum*. Parece, pois, que a fallencia, impondo a prompta liquidação do activo e passivo, o extingua.

O Decr. n. 917 acabou com todas as incertezas.

Declarada a fallencia do devedor, os syndicos têm por obrigação remir o objecto do *direito de retenção*. Do mesmo modo que se procede com o penhor (n. 777), se os syndicos não podem fazer a remissão, já por não trazer *beneficio* á massa, já por não dispor esta de recursos, devem intimar o credor para trazer a leilão aquelle objecto.¹

812. Mas, no intuito de acautelar o credor contra a negligencia dos syndicos e imprimir o verdadeiro character de garantia ao *direito de retenção*, o Decr. n. 917 equiparou aquelle credor ao *pignoratício*² e conferiu-lhe um *privilegio* sobre a coisa retida.³

A esse proposito reflexiona muito bem o illustre VIVANTE: para que seja efficaz o direito de retenção, deve-ser acompanhado de um processo que converta rapidamente a coisa no preço e de um privilegio que facilite ao credor se pagar com exclusão de qualquer outro.⁴

Em virtude do privilegio de que é investido o credor-retentor:

¹ Decr.n. 917, art. 27 § 4, verb.; art. 70, n. II § 2.

² Decr n. 917, art. 27 § 4, verb. "...como pignoratício...ficando equiparado a este para os devidos."

³ Decr. N. 917, art. 70, n. II, c

⁴ Trattato di Diritto Commercial, vol. 2, n 975.

a) Deve elle excutir o objecto retido, usando da acção que cabe para a excussão do penhor.¹ Iniciará esta phase de ataque com o deposito do objecto retido. Excepcionalmente, o direito de retenção deixa de ser um direito passivo.

b) Deve applicar o producto liquido ao seu pagamento preferencial. Se houver sobra esta entrará na massa; se, porém, aquelle producto não chegar para pagamento total de debito, tem o credor o direito m pedir a sua classificação como chirographario pelo saldo.²

G) O direito de retenção e o direito de penhor. Analogia e differença

813. Podiamos dar por terminado aqui este rapido estudo sob o direito de retenção. Mas, conhecida a sua theoria, não devemos deixar de mostrar a analogia deste direito com o de penhor.

Já o Direito Romano ensinava que... *retentio... quasi pignus loco*,³ e vimos que o direito de retenção é indivisivel (n. 793) como o *de penhor*, é como este realisavel (n. 812), e ainda como elle constituo um privilegio (n.

¹ ReguL n. 737 de 1850, art. 282 e segts. Como preparatorio da acção o devedor deve requerer o deposito previo do objecto retido.

— Quando se tracta de realizar o direito de retenção nos casos extraímos á fallencia, pode o credor deixar a posição passiva para excutir a coisa retida como permite o art. 27 § 4 do Decr. n. 917?

A razão da divida é ser esse art. 27 § 4 restricto e fallencia e lembrado como meio de accelerar a prompta liquidação do passivo.

O Cod. Federal Suisso das Obrigações, no art. 228, traz a seguinte disposição geral applicavel em todos os casos. "Lorsque le créancier na reçu ni paiement, ni garantie suffisante, il peut, moyennant un avertissement préalable donné au débiteur, poursuivre la réalisation de son droit de retention comme un créancier gagiste."

O Cod. Com. Hungaro, art. 310, permite ao credor pedir ao tribunal competente a venda dos objectos retidos e pagar-se do seu credito.

Comquanto o Decr. n. 917 tivesse aproveitado o art. 228 do Cod. Fed. Suisso para a redacção do art. 27 § 4, tem-se hesitado muito em ampliar a disposição deste § 4 aos casos ordinarios da realização do direito de retenção.

² Decr. n. 917, art. 70, n. II § 2.

³ L. 15 § 2 Dig. 47, 2. O mesmo nas leis 13 § 8, Dig. 19, 1; 22, Dig. 18, 4; 31 § 8, Dig. 21, 1.

812), e o proprio Decr. n. 917 diz expressamente que o credor, com *direito de retenção*, fica equiparado ao *pignoraticio* para todos os efeitos.¹

Diferenças notaveis e essenciaes, entretanto, os separam, a saber:

1.º O penhor repousa essencialmente sobre a convenção; o direito de retenção nasce sem a convenção das partes, ora *ex-vi legis*, ora do concurso de certas condições de facto sem intervenção directa da vontade do credor e do devedor.²

2.º O *penhor* somente pode ser provado por escripto assignado po quem recebe a cousa;³ o *direito de retenção* não exige forma propria para a sua existencia.

3.º No *direito de retenção* é essencial a connexidade entre a vida e a cousa retida (n. 809;) no penhor não ha essa connexidade.

4.º As dividas garantidas com *penhor*, não obstante a fallencia, continuam a correr juros até onde chegar o producto dos bens offerecidos em garantia.⁴ Isso não se dá com o *direito de retenção*.

H) O direito de retenção e a compensação. Affinidades e diferenças

814. No caso do *direito de retenção* ha duas dividas em antithese, presas por uma relação de direito. No caso da *compensação* observa-se o mesmo phenomeno.

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II, c.

² O direito de retenção verificado no *penhor* e *antichrese*, que alguns chamam *convencional*, incorpora-se tanto com o proprio penhor e a antichrese, aos quaes serve de elemento, que já não offerece a mesma consistencia do proprio direito de retenção.

³ Cod. Com. art. 271.

⁴ Decr. n. 917, art. 24.

Diferençam-se, porém, em que no 1.º caso (retenção) o devedor recusa a prestação para obrigar o credor a satisfazer o que, por sua vez, lhe deve. O *direito de retenção* é, pois, um meio coercivo para obter uma prestação.¹ No 2.º caso (compensação) existindo duas dividas da mesma especie, liquidas e certas, o credor paga-se com o que deve, ou por outra, paga-se não pagando o que deve.²

Em resumo: o direito de retenção é uma garantia, e não um meio de pagamento; a compensação, porém, é um meio de dissolver e extinguir a obrigação.

Attendendo á grande afinidade que existe entre estes dois institutos, foi que BRINTZ disse que a *compensação* não era outra coisa senão direito de retenção mais completo, pois ambos repousam sobre o mesmo conceito, tendo por fundamento juridico a mesma idea inicial;³ foi ainda considerando nisso que VIRGILE ROSSEL escreveu que o *direito de retenção* era applicação extensiva do principio da *compensação*.⁴

§ 4.º

Credores de alugueis de predios urbanos e de renda ou foro de predios rusticos

(Locadores e sublocadores)

Summario. — 815. Privilegiado proprietario e do sublocador. — 816. Critica á esse privilegio. — 817. Sua natureza.

¹ THÖL, *Trat. di Dir. Com*, trad. MARGHERI, § 227; SALEILLES, *Essai d'une theorie générale de l'obligation*, n. 19.

² SALEILLES, *Obr. cit.* n. 19.

³ BRINTZ, *apud* SALEILLES *Obr. cit.* nota 2, n. 19.

⁴ Manuel du Droit Federal des Oblig., n. 276.

815. O proprietario e o sublocador têm privilegio nos moveis uso pessoal que se acharem dentro da casa, para pagamento dos alugueis vencidos, e nos *fructos pendentes* a respeito da renda ou foro dos predios rusticos.¹

816. Este privilegio, de origem romana, tem muitos adversarios actualmente, por não se compadecer com a indole do direito moderno. Porque o proprietario e o sublocador são dignos de maiores favores que os outros credores? A base racional de todo o privilegio é um direito de retenção, a idea de penhor. O locador não se acha nessa situação.² Tal tem sido, porém, a força da tradição que quasi todas as legislações, ainda admittem esse privilegio.³

817. Quanto a casas, expressão que designa propriamente o edificio destinado para habitação,⁴ o proprietario ou sublocador tem o privilegio sobre os moveis de uso pessoal,⁵ isto é, mobílias, trastes⁶ que

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II, a. Cod. Com. art. 877, n. I.

— A publicação official do Decr. n. 917 no Diário Official de 25 de Outubro de 1890 diz — *para ser por elles pagos* —, e na Collecção de Leis —para pagamento. Ainda: todas as publicações officiaes em vez da palavra *renda* dizem venda.

² Vide THALLER, Des Faillites en Droit Compare, vol. 2, n. 13b.

³ O relatorio da Commissão Ministerial sobre o Cod. Com. Italiano assim se exprimiu sobre esse assumpto: "Entre os privilegios que affectam determinados moveis é ainda mantido no n. 3 do art. 1958 do Cod. Civil uma preferencia especial a favor do locador dos bens moveis, cornquanto as modificações radicaes operadas na ordem economica da sociedade, tenham em grande parte abalado os fundamentos, sob os quaes as antigas leis se baseavam para concedel-a. Não cabendo, porém, ao Cod. do Com. modificar um systema que exerce influencia sobre diversas partes da legislação, resta somente ver se alguma diaposição especial é reclamada pelas necessidades especiaes do commercio em vista da rapidez de movimento a elle essencial e pelas consequentes difficuldades de provar certos factos para os quaes nas relações ordinarias de direito civil se podem ter provas escriptas."

⁴ PEREIRA E SOUZA, Dicc. Jurid. verb. Casa.

⁵ Desappareceu assim a duvida a que dava logar a disposição do art. 877, n. I do Cod. Com. quando empregava a palavra moveis, tão somente, tendo sido julgado que nesta expressão se comprehendia in géneros e mercadorias. *O Direito*, vol. 8, pag. 387.

⁶ Consol. das Leis Civis, art. 672 nota 32.

se acharem dentro da casa, ou melhor destinados á commodidade de uso da habitação.¹

Não se estende, pois, este privilegio aos proprietarios e sublocadores de armazens, depositos ou estabelecimentos reservados ao commercio do fallido e, conseqüentemente, não pode comprehender as mercadorias e generos nelles existentes.

§ 5.º

Carregadores

818. Os carregadores têm privilegio sobre as bestas, carros, barcas, aparelhos e todos os mais instrumentos principaes e accessorios dos transportes para pagamento dos effeitos entregues ao conductor ou commissario de transportes.²

O Decr. n. 917, no art. 27, incluye-os entre os credores com direito de retenção; houve nisso manifesto engano, que parece ter sido corrigido na disposição do art 70, n. II, i.

§ 6º

Privilegios particulares ao direito maritimo

Summario. — 819. Natureza desses privilegios. — 820. Quaes sejam.

¹ Expressões do alvará de 24 de Julho de 1793 § 2.

² Cod. Com. art. 108; Decr. n. 917, art. 70, n. II, i.

819. Os privilegios particulares ao direito maritimo gravam ora os navios, ora o frete, ora a carga, ora ao mesmo tempo o navio, o frete e a carga.

820. Taes são:

1.º Na cousa salvada, quem a salvou, pelas despesas com que a fez salvar (art 738 do Cod. Com.)¹

2.º No navio e fretes da ultima viagem, a tripolação (art. 504 do Cod. Com.)²

3.º No navio, os que concorreram com dinheiro para a sua compra, concerto, aprestos ou provisões (art. 475 do Cod. Com.)³

4.8 Nas fazendas carregadas, o aluguel ou frete, as despesas e avai-ria grossa (arts. 117, 626 e 627 do Cod. Com.)⁴

5.º No objecto sobre que recahiu o emprestimo maritimo, o dador de dinheiro a risco (arts. 633 e 662 do Cod. Com.)⁵

6.º No quinhão e lucros que o capitão tiver no navio e fretes, toda a obrigação pela qual o mesmo capitão, comparte do navio, for responsavel á parceria (art 537 do Cod. Com.)⁶

7.º No navio e frete, os donos da carga por damnos que soffrerem por delictos, culpa ou omissão culposa do capitão ou gente da tripolação, perpetrados em serviço do navio (art 565 do Cod. Com.)¹

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II, d; Cod. Com. art. 877, n. IV.

² Decr. n. 917, art. 70, n. II, e; Cod. Com. art. 877, n. V.

³ Decr. n. 917, art. 70, n. II, f; Cod. Com. art. 877, n. VI.

⁴ Decr. n. 917, art. 70, n. II, j; Cod. Com. art, 877, n. VII.
No caso do art. 117 do Cod. Com. tracta-se de um direito de retenção. (Decr.n. 917, art. 27).

⁵ Decr. n. 917, art. 70, n. II, h; Cod. Com. art. 877, n. VIII.

⁶ Decr. n. 917, art. 70, n. II, i, Cod. Com. art. 877, n. IX.

8.º Nos efeitos que o passageiro tiver a bordo, o capitão para pagamento do preço da passagem (art 632 do Cod. Com.). Disposição esta de rarissima applicação pratica, pois o uso invariavel e universal é o passageiro pagar a passagem antes de entrar para bordo.

SECÇÃO V

Credores Hypothecarios

Summario. — 821. Preferencia da hypotheca inscripta, e excepções. — 822. Liquidação da hypotheca. — 823. O credor hypothecario pode na fallencia escutir o immovel hypothecado; em que casos. — 824. Continuação. — 825. Prioridade das hypothecas. — 826. Quando cessa essa prioridade.

821. A hypotheca legal ou convencional, inscripta para valer contra terceiros,² tem sobre o immovel hypothecado preferencia a quaesquer creditos, com excepção somente:

a) do credito proveniente das despesas e custas judiciaes, feitas para excussão do mesmo immovel;

b) das debentures ou obrigações ao portador emittidas anterior incute pelas sociedades commanditarias por acções.³

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. II, i; Cod. Com. art. 877, n. IX.

² Decr. n. 169 A de 19 de Janeiro 1890, art. 9. Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890. As hypothecas judiciaes não importam preferencia. Decr. n. 370, art. 108.

³ Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 220.

822. Por ocasião da liquidação do activo da fallencia são vendidos os immoveis onerados de hypothecas (n. 628 o nota 5 á pag. 16 deste vol.), e, retirada do producto a importancia dos craditos preferenciaes, podem ser logo pagos os credores hypothecarios, e uma vez satisfeitos desligam-se da massa.

823. Mas, se os syndicos não se apressam no cumprimento deste dever, o mesmo se se torna urgente a execução hypothecaria durante a primeira phase da fallencia em virtude de deterioração que soffra o immovel (acontecimento que enfraquece a garantia)¹, será justo deixar em situação difficil o credor hypothecario, portador de um titulo vencido, a quem a lei procurou favorecer o mais possivel assegurando-lhe tambem os juros do seu contracto até ao producto dos bens dados em garantia?² Será possivel admittir que o Decr. n. 917 collocasse em melhor posição o credor pignoraticio ou o munido de um direito de retenção, aos quaes deu expressamente o direito de accionar a massa? (ns. 208, 777 e 812).³

A acção singular do credor hypothecario nenhum prejuizo traz á massa; ao contrario só benefícios, e dentre estes a cessação de juros. Os immoveis onerados estão em todo o caso reservados para o pagamento do credor hypothecario;⁴ este é privilegiado, e pode-se dizer que para elle a fallencia não existe, pois tem uma causa legitima de preferencia que abre excepção á grande regra em virtude da qual os bens do devedor constituem o penhor commum dos credores; seus direitos se exercitam sem modificação, sem interrupção sobre os immoveis gravados do onus hypothecario.⁵

¹ Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 123.

² Decr. n. 917, art. 24.

³ Entre o penhor e a hypotheca não ha differença senão de palavras, é o que diz o Jurisconsulto MARCIANO na L. 5 § 1, Dig. 20, 1: *Inter pignua autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

⁴ Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 216; Decr. n. 917, art. 70, n. III.

⁵ Na Itália os credores hypothecarios podem continuar com a acção proposta antes da fallencia, mas não podem promovel-a depois desta. Cod. Com. arts. 798, 800 e 801.

824. Os credores hypothecarios podem iniciar a acção executiva antes do vencimento convencional, em virtude da exigibilidade prematura estabelecida para todas as dividas do fallido? Não. Se a fallencia não modifica a situação destes credores, não devem elles gosar um direito que não tinham antes da fallencia; não podem, ao mesmo tempo, ser collocados fora da fallencia em razão da natureza da sua garantia, nem prevalecer-se da fallencia para anteciparem o vencimento da sua obrigação.¹

Isso, porém, não quer dizer que a massa fique privada de liquidar a divida hypothecaria, prevalecendo-se da exigibilidade prematura que é instituida em seu beneficio (n. 822); o credor é que não tem direito de accionar antes do vencimento convencional, salvo naquelles casos em que a lei hypothecaria lhe dá o direito de demandar logo a divida.²

825. As hypothecas legaes ou convencionaes somente se regulam pela prioridade, ou seja entre si mesmas ou concorrendo as convencionaes com as legaes. Esta prioridade é determinada pela inscrição.³

826. Se gravara o immovel duas ou mais hypothecas inscriptas sob o mesmo numero,⁴ cessa entre ellas o principio da

Na França os credores hypothecarios ou privilegiados depois da fallencia, o até á formação do contracto de união, podem executar os immoveis hypothecados, e depois da união somente *continuar* a acção executiva iniciada antes da abertura da fallencia.

E' o que resulta da ação combinação dos arts. 548, 571 e 572 do Cód. Com. Dalloz *Suppl. Au Répert. Verb. Faillite*, n. 514.

¹ RENOUARD, *Traité des Faillites*, vol- 2, pag. 332.

— A jurisprudencia franceza depois de muitas hesitações assentou doutrina contraria. LYON-CAEN & RENOUARD, *Traité de Droit Com.*, vol. 7, n. 262, criticam, com vantagem, essa jurisprudencia, que assenta sobre princípios contradictorios. Vide tambem DALLOZ, *Suppl. ou Repert.*, n. 535.

² Taes são os casos cogitados no Decr. n. 370 de 1890: art. 123: quando o immovel ou immoveis hypothecados perecerem ou soffrerem deterioração que os torne insufficientes para pagamento da divida e a recusar reforço; e art. 125: quando não for paga alguma das prestações ajustadas.

³ Decr. n. 169A, art. 2 § 9; Decr. n. 370, arts. 112 e 113.

⁴ Decr. n. 169A, art. 9 § 4; Decr. n. 370, arte. 44 e 45.

prioridade,¹ isto é, o preço do immovel divide-se entre os credores proporcionalmente a seus creditos.

SECÇÃO VI

Credores chirographarios

Summario. — 827. Quaes sejam os credorea chirographarios.

827. Credores *chirographarios* dizem-se aquelles que não têm, por lei, direito a ser pagos de preferencia.² Tambem são chamados credores *simples, pessoaes, cedularios*.³

Todos os credores não contemplados nas classes já expostas nas Secções anteriores são chirographarios, comprehendidos:

a) A mulher pelos bens dotaes inestimados (n. 738, a).⁴

b) Os credores por hypotheca legal não especializada.⁵

c) Os credores privilegiados e hypothecarios pelos saldos (ns. 661 e 662).⁶

¹ Decr. n. 169A, art. 9 § 5: Decr. n. 370, art. 46.

² Decr. n. 917, art. 70, n. IV pr. LAFAYETTE, Dir. das Cousas, § 269.

— A expressão *chirographarios* vem de *chirographum*, escripto de mão propria, obrigação por escripto.

— O credor que não tem um direito de preferencia para o seu credito é, nas fontes, chamado *chirographarius creditor*. WINDSHEID, *Pandect.*, § 270, nota 2.

³ A palavra *cedulario* vem de cedula, que significa obrigação assignada de proprio punho pois que os titulos desses credores são quasi sempre aesigna-clos de proprio punho. BAUDRY-LACANTINERIE E LOYNES, *Du Nantissement*, vol. 1, pag. 225, nota 1.

⁴ Decr. n. 917, art 70, n. IV, a.

⁵ Decr. n. 917, art. 70, n. IV, b.

⁶ Decr. n. 917, art. 70, n. IV, e. Decr. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 116; Cod. Com. art. 887.

d) Os depositantes de dinheiro com caracter de cousa fungível (n. 692).¹

e) Os fiadores por tudo quanto tiverem pago em descarga do fallido (n. 828).

SECÇÃO VII

Credores garantidos por fianças e com obrigações solidárias

ARTIGO I

Credores garantidos por fiança

Summario. — 828. Direito dos credores com fiança. Direitos do fiador.

828. Os credores que tiverem garantia por fiança serão contemplados entre os chirographarios, deduzindo-se as quantias que tiverem recebido do fiador.² Este, que por lei fica subrogado nos direitos e acções do credor quando paga pelo devedor,³ é tambem chirographario por tudo quanto tiver pago em descarga do fallido.⁴

Se o fiador obtem do credor abatimento da divida, não pode exigir da massa mais do que realmente pagara pelo fallido.

—Note-se: o reivindicante não é propriamente um credor; nao pode ter saldo. Não pode, portanto, figurar como chirographario no caso em que o podem os privilegiados e hypothecarios.

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. IV, d.

² Decr. n. 917, art. 70, n. IV, § 1; Cod. Com. art. 889; Regul. n. 737, art. 631.

³ Cod. Com. art. 260, 1º parte.

⁴ Decr. n. 917, art. 70, n. IV, § 1; Cod. Com. art. 889; Regul. n- 737, art. 631.

ARTIGO II

Co-obrigados solidarios

Summario. — 829. A solidariedade passiva. — 830. Fallencia simultanea de muitos co-obrigados; direito de o credor apresentar-se em todas as massas pela importancia integral do seu titulo. — 831. Razão justificativa da lei. — 832. Tracta-se de uma faculdade concedida ao credor e não de uma obrigação. — 833. O credor comparecendo nas diversas fallencias pode ter differentes classificações. — 834. Caso em que cessa a applicação do art. 70 n. IV § 2 do Decr. n. 917. — 835. Os co-devedores solventes, que pagaram o titulo, podem reclamar da fallencia dos co-obrigados a quantia paga.

829. Na solidariedade passiva os devedores estão obrigados a satisfazer integralmente a divida; são fiadores pelo todo uns dos outros. Como o tituto é indivisivel relativamente aos devedores, *promittentes singuli in solidum tenentur, in utraque tamen obligatione una res vertitur* (§ 1.º Inst. de *duobus reis*), o credor pode exigir immediatamente de cada um o que lhe é devido na totalidade.

Os effeitos dessa solidariedade não cessam pelo facto da fallencij de um ou mais co-obrigados; ao contrario, conservam toda a sua força até ao integral pagamento.

830. No direito commun, as sommas pagas por um dos co-obrigados solidarios fazem desaparecer, em beneficio dos outros, uma parte equivalente da divida, de modo que o credor somente pode exigir destes o saldo que restar.

Esta regra recebe, entretanto, notavel excepção quando os co-obrigados solidarios se acham fallidos.

No caso de fallencia simultanea de muitos co-obrigados solidarios o credor, sem prejuizo dos seus direitos contra os co-obrigados solvaveis na epocha do vencimento convencional (arts. 379 e 390 do Cod. Com.), será admittido em todas as massas fallidas, pela totalidade do seu credito, e os dividendos recebidos de uma das massas descarregarão as outras e os co-obrigados solventes até ao integral pagamento,¹ ou melhor, o credor exigirá *in solidum* de todas as fallencias a importancia nominal do seu titulo, não podendo, porém, em virtude do cumulo dos dividendos, receber mais da importancia do seu credito.²

O mesmo direito tem o credor quando todos os devedores se acham simultaneamente fallidos.

¹ Decr. n. 917, art. 70, n. IV § 2; Cod. Com. arts. 391 e 892.

O art. 70, n. IV, § 2 do Decr. n. 917 é mais amplo do que o art. 892 do Cod. Com., que somente legislava para o caso especial em que todos os co-obrigados estivessem fallidos. O art. 391 do Cod., porém, não deixava duvidar que quando um ou mais de um dos devedores se achassem em fallencia e os outros se mantivessem solventes, o credor podia ir as respectivas massas e o que destas recebesse descarregaria os co-obrigados solventes.

E' um principio admittido em todas as legislações: Cod. Com. Francez, art. 542; Italiano, art. 788; Belga, art. 537; Chile, art. 1522; Cod. Fed. Suisso das Obrig., art. 167; Lei Suissa das Fallencias, art. 216; Lei Hungara, art. 70; Lei Roumaica, art. 798; Cod. Com. Argentino, art. 1534.

² Os syndicos da segunda ou terceira fallencia saberão qual a importancia dos dividendos já recebidos pelo portador na primeira ou segunda fallencia, pela apresentação do titulo, donde devem constar as devidas annotações a que se refere o art. 61 § unico do Decr. n. 917. Vide n. 647. Este Decr. devia tambem mandar annotar no titulo os dividendos.

831. Essa solução, quando se tracta de fallencia simultanea de muitos co-obrigados, solução que foi conseguida com muito esforço,¹ justifica-se pelas considerações seguintes: a solidariedade passiva visa garantir o credor contra os riscos da insolvencia de qualquer dos devedores preciso, pois, que o credor seja integralmente pago, e para isso tem de concorrer pela totalidade de seu credito em todas as massas.²

Uma razão de conveniencia aconselha também a acceitação da doutrina legal, e é que o commercio tem o maximo interesse em ver os titulos de credito (letras de cambio ou outros titulos á ordem e transferiveis por endosso), que tão grande influencia exercem nas transacções, rodeados de garantias e seguranças que facilitem a sua circulação, o dêem a possivel certeza do pagamento integral da somma que representara.³

Um exemplo salientará a exposição. **A**, **B** e **C**, co-obrigados *in solidum*, estão fallidos. **D**, credor de um titulo de 50.000\$000, concorre nas três massas como chirographario. A fallencia de **A** distribuo 20 % a de **B** 65 % e a da **C** 15 %/. **D** paga-se integralmente, apresentando-se era todas essas massas pela importancia total do seu credito. Se **D** não podesse concorrer pela totalidade do seu credito, seria admittido na fallencia de **A** por 50.000\$000, na de **B** por 40.000000, e na de **C** por 7.500\$000, e então receberia da 1.º 10.000\$000, da 2.a 26.000\$000 e da 3.º 1.125\$000: total 37.125\$000. **D** soffreria afinal um prejuizo de 12.875\$000.

¹ Vide o quanto se disputou para chegar a essa solução, em RENOARD, *Irailé des Faillites*, vol. 2, pag. 175 e sega.; MASSÉ, *Le Droit Com.* vol.3, n. 2021; BOILEUX sur BOULAY-PATY, *Traité des Faillites*, vol. 2, n. 800 e segs.

² THALLER, *Des Faillites en Droit Comp.*, vol. 2, n. 153, *Droit Com.*, ns. 1699 e 1700; ROSSEL, *Droit Fed. Suisse des Obligations*, n. 1035; VIDARI, *Corso*, vol. 8, n. 8243; SEGOVIA, *Explicacion y critica dei nuevo Código Com. Argentino*, vol. 3, nota 4882; MASI, *Del Fallimento*, vol. 2, pag. 285 e sega.; NAMUR, *Cod. Com. Belge*, vol. 3, n. 1931.

³ OBARRIO, *Quiebras*, n. 340.

832. Tracta-se de uma simples faculdade conferida ao credor e não de uma obrigação;¹ elle poderá, portanto, apresentar-se em uma das fallencias pela totalidade do seu credito, em outra por parte, ou mesmo se abster, reservando os seus direitos contra o co-obrigado solvente. A condição unica a que fica sujeito o credor é não receber mais do que lhe é devido em virtude do titulo creditorio.²

833. O credor comparecendo nas fallencias dos diversos co-obrigados solidarios pode em cada uma ter differente classificação. Assim, ser hypothecario ou privilegiado em uma e chirographario em outra. A todas vae pela totalidade do seu credito até ser integralmente pago.

834. O credor pode apresentar-se pela totalidade de seu credito *no caso de fallencia simultanea de muitos co-obrigados*; não é necessario que a fallencia destes seja declarada no mesmo dia.

Quando se encerra a fallencia de um co-obrigado e o credor recebe, antes da declaração da fallencia dos outros, o dividendo distribuido naquella, cessa a applicação do art. 70 § 2.º. O credor poderá apresentar-se na fallencia posterior não pela totalidade do credito, mas pela importancia que realmente lhe é devida.³

835. Os co-devedores solventes, que pagaram total ou parcialmente a importancia do credito, podem reclamar da fallencia do co-obrido a quantia paga?

¹ A expressão será do art. 70, n. IV, § 2 do Decr. n. 917 não implica a idea de obrigatoriedade para o credor.

² E' o que bem salienta o art. 70, n. IV § 2 do Decr. n. 917 dizendo que os dividendos recebidos de uma das massas descarregarão as outras e os co-obrigados solventes (solvaveis, não fallidos) até integral pagamento. Vide decisão n'0 Direito, vol. 55 pag. 432 a 434 e lêde BOILEUX sur BOULAY-PATY, *Traité des Faillites*, vol. 2, n. 804; BRUSTLEIN ET RAMBERT, *Commentaire de la loi suisse sur la poursuite pour deites et la faillite*, pag. 328.

³ O adverbio simultaneamente, empregado pelo Decr. n. 917, leva-nos a essa conclusão. O mesmo não se dá no direito francez, onde os escriptores de nota entendem que o credor, no caso figurado, deve ser contemplado em a nova fallencia pela importancia total do seu credito, pouco importando que aa anteriores fallencias estejam já encerradas. Vide THALLER, *Droit Com.*, n. 1708.

Sim, observando-se as regras do direito civil sobre as obrigações solidarias: responde o Decr. n. 917, art. 70 n. IV § 3.º.

Quaes essas regras?

O co-devedor que paga a divida inteira paga ao mesmo tempo, a sua parte e a dos outros co-obrigados. D'ahi o direito de o co-devedor solvente exigir de cada um dos outros co-obrigados o reembolso das partes que lhes cabem contribuir, e que aquelle adeantou para solução da obrigação solidaria.

Esta parte é determinada pelo interesse que cada um tem na causa da divida;¹ até prova contraria o interesse se presume igual.²

Se um dos devedores está insolvel, a perda resultante da sua insolvabilidade tem de ser rateada entre todos os outros solvaveis em proporção á parte com que cada um deve contribuir na divida.³

Pode succeder que a divida seja contractada no interesse de um só dos devedores; nesse caso, os outros co-devedores, posto sejam verdadeiros devedores solidarios em suas relações com o credor, são, em suas relações com aquelle, fiadores communs.

Quando aquelle, era cujo beneficio foi contrahida a obrigação, paga a divida, nada pode exigir dos outros co-devedores. Quando, porém, um destes faz o pagamento, pode exigir delle o reembolso do todo, e, se o encontra insolvel, dos co-devedores, cada um pro parte.⁴

¹ O MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, vol, 2 n. 1277; Cod. Civil Port., art. 754; Cod. Civil Francez, art. 1214; Cod. Civil Ital. art. 1199, COELHO DA ROCHA, *Direito Civil*, § 116.

² CLOIS, *Dir. das Obrig.*, § 24; AUBRY ET RAU, *Droit Civil Français*, vol. 4, n. 298 *ter*.

³ MOURLON, *loco cito*; Cods. cites. na nota 2 *supra*.

⁴ MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, vol. 2 n. 1279. Cod. Civ. Francez, art. 1216; Italiano, art. 1201.

Este ultimo caso é frequente no commercio em materia de letras de cambio, de terra e outros titulos á ordem.

Observam-se ahi duas especies de solidariedade. Uma, a solidariedade ordinaria, isto é, a solidariedade dos co-obrigados que respondem conjunctamente pelo pagamento da divida commum, e entre os quaes a divida se divide de pleno direito. Tem logar quando duas ou mais pessoas subscrevem, endossam ou acceitam simultaneamente (não successivamente) um titulo à ordem.

A outra é a solidariedade dos fiadores ou garantes, os quaes têm direito successivo contra os signatarios que os precedem até ao ultimo, que não tem recurso contra ninguem e que supporta sosinho a totalidade da divida.¹

Quando a solidariedade provém de divida contractada simultaneamente, o co-obrigado solvente pode exigir dos outros a parte respectiva.

Quando, porém, a solidariedade estabelece relações de fiança, originada pelas successivas transferencias por meio de endosso, o co-obrigado que pagou o titulo pode exigir da massa do devedor principal (o subscriptor do bilhete á ordem, e, nas letras, o sacado ou sacador, conforme no dia da declaração da fallencia o titulo se achasse ou não acceito) o seu reembolso.

¹ MASSÉ, *Le Droit Com.*, vol. 3. n. 1992; PARDESSUS, *Cours de Droit Com.*; vol. 3, n. 1214.

Capitulo VIII

Da fallencia das sociedades commerciaes

Summario. — 836. Assumpto a estudar neste Capitulo. — 837. As differentes espécies de sociedade mercantil admittidas peloCodigo Commercial. — 838. A fallencia da sociedade dissolve esta de pleno direito. — 839. Razão de ordem.

836. As sociedades commerciaes, individualidades juridicas distinctas das pessoas dos socios, estão sujeitas á fallencia, do mesmo modo que o commerciante sob firma individual (n. 53).

No curso deste livro já vimos:

1.º que as sociedades commerciaes, mesmo de facto ou irregulares, estão sujeitas a fallencia (ns. 52 e 53);

2.º que a *dissolução e liquidação* da sociedade não obstem á declaração da fallencia (ns. 58 e 61);

3.º que as *condições de fundo e de forma*, exigidas para a declaração da fallencia da sociedade, são as mesmas da fallencia do commerciante sob firma individual (n. 46);

4.º que a fallencia da sociedade *pode ser declarada* espontaneamente (ns. 117 e 118), ou a requerimento de qualquer sócio (ns. 119 a 125), bem como por provocação de qualquer credor (n. 126) ou do curador fiscal das massas fallidas (n. 136).

5.º que os efeitos juridicos, que decorrem da sentença declaratória da falleneia da sociedade, são os mesmos que emanam da sentença que abre a falleneia do commerciante sob firma individual, salvo aquelles que suppoem uma pessoa physica e que actuam sobre os socios solidariamente responsaveis.

No presente Capitulo estudaremos somente as disposições particulares que, no caso de fallencia, o organismo daquelles institutos reclama para disciplinar relações especiaes surdidas do desenvolvimento da sua vida juridica e economica.¹

837. Sob a denominação de sociedades commerciaes sujeitas a fallencia comprehendem-se as especies seguintes: em nome colectivo (Cod. Com. arts. 315 e 316); em commandita simples (Cod. Com. arts. 311 a 314) ou por acções (Decr. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art.215); de capital e industria (Cod. Com. arts. 317 a 324); e em conta de participação (Cod. Com. arts. 325 a 328).

As sociedades anonymas não estão sujeitas á fallencia, mas sim a liquidação forçada, que é a propria fallencia sob outra designação é subordinada a uma legislação especial.²

¹ As legislações não seguem ordem uniforme na exposição das normas sobre as fallencias das sociedades. Difficuldades praticas apparecem a cada instaste, e á jurisprudencia cabe a grave tarefa de precisar as regras dominadoras do assumpto.

Os Cods Italiano, Hespanhol e Portuguez e a Lei Roumaica occupam-se especialmente da fallencia das sociedades, como fez o Decr. n. 917.

Os Coda. Coms. Italiano e Portuguez serviram nesta parte de fonte muito proxima ás disposições que traz o Decr. n. 917.

² Decr. n. 917, art. 141; Decr. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 166.

— Dizia o COMS. LAFAYETTE, no Senado (Sessão de -16 de Junho de 1882), por occasião da discussão do projecto mais tarde convertido na Lei n. 3150 de 4 de Novembro de 1882:

“Não ha fallencia sem fallido; quando uma sociedade anonyma cessa os seus pagamentos e é dissolvida por decreto judicial, não ha fallido, visto qne a sentença de dissolução extingue a personalidade jurídica da sociedade. Desapparecendo esta personalidade, que seria o fallido, claro está que não pôde haver processo de fallencia, pois este presuppõe de um lado o fallido e do outro os credores.”

A submissão das sociedades anonymas á lei das fallencias repugna á razão natural.... (Annaes de 1882, vol. 1, pag. 329).

838. Declarada a fallencia da sociedade, dissolve-se esta de pleno direito,¹ se já se não acha dissolvida.

A liquidação social, complemento necessario da dissolução, confunde-se com a liquidação que na fallencia se vae operar.

Os representantes dos interesses communs dos credores, os orgaos da fallencia, absorvem a administração dos gerentes ou liquidantes da sociedade.

A sociedade fallida mantem uma vida toda ficta e ephemera; subsiste emquanto dura a liquidação occasionada pela fallencia, mas tão somente para precisar as relações nascidas durante a sua vida normal. Quanto ao mais é um *flatus vocis*.

Os socios pessoal e solidariamente responsaveis são os verdadeiros fallido; sobre elles reflectem-se com toda a intensidade os effeitos dal fallencia da sociedade.

839. Para methodisar o estudo veremos em Secções distinctas es normas especiaes sobre:

1.º Os effeitos da fallencia da sociedade quanto aos socios.

2.º Os effeitos da mesma fallencia quanto aos credores e aos patrimonios da sociedade e dos socios.

3º A concordata na fallencia das sociedades.

¹ Cod. Com. art. 335, n. II. E' grande a controversia entre os escriptores italianos sobre esse thema; uns sustentam que a sociedade fallido se dissolve de pleno direito, é sociedade morta; outros pensam de modo contrario. Vide GIORGI, *La Dottrina delle Persone Giuridiche*, vol. 6, n. 186; SKAFFA, *Il Fallimento delle Società Commerciali*, pag. 103 e segs. Na França apparece a mesma controversia, na ausencia de lei expressa a tal respeito. Vide LYON CAEN ET RENAULT, *Traité de Droit Com*, vol. 8, n. 1168.

SECÇÃO I

Efeitos da fallencia da sociedade quanto aos socios

Summario. — 840. Distincção fundamental

840. Distincção fundamental, quanto aos efeitos da fallencia relativamente aos socios, deve ser feita entre os socios pessoal e solidariamente responsaveis e os socios de responsabilidade limitada (o. 120).

ARTIGO I

Quanto aos socios pessoal e solidariamente responsaveis

Summario. — 841. A fallencia da sociedade acarreta a dos socios pessoal e solidariamente responsaveis. Ao contrario, a dos socios não acarreta a da sociedade. — 842. Justificação do facto de a fallencia da sociedade trazer a dos socios de responsabilidade illimitada. — 843. Apreciação das fallencias paralela da sociedade e desses socios. — 844. Essas fallencias declaram-se na mesma sentença. — 845. Socio occulto, qae é descoberto no curso do processo, deve ser declarado fallido; a requerimento de quem, e recursos que cabem da decisão judicial. — 846. Epocha legal da fallencia dos socios de responsabilidade illimitada, exigibilidade de suas dividas, verificação e classificação de seus creditos. — 847. Responsabilidade do

socio que se retirou com resalva de outro sócio ou socios. — 848. Continuação. — 849. Em que casos o commanditario se toma solidariamente responsavel. Efeitos desta responsabilidade. — 860. Nas sociedades em conta de participação somente os socios ostensivos podem ser declarados fallidos. — 851. Em que casos o socio de industria pode ser declarado fallido.

841. A fallencia da sociedade em nome colectivo, de capital e industria, e em commandita simples ou por acções, acarreta a de todos os socios pessoal e solidariamente responsaveis.¹ Ao contrario, a fallencia de qualquer ou de todos os socios não produz *ipso facto* a da sociedade, salvo se esta se achar tambem em estado de fallencia; ella tão somente se dissolve pleno jure para entrar em liquidação.² Vide n. 269.

842. A primeira proposição acima parece uma incongruencia da lei, pois as sociedades commerciaes são pessoas juridicas distinctas e independentes da pessoa dos socios, e os credores da sociedade são pagos pelos bens sociaes, e só na falta ou insufficiencia destes lhes é dado entrar pelos bens particulares dos socios.

¹ Decr. n. 917, art. 72; Decr. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 231. Identica disposição nos Cods. Coms. Arg, art. 1384; Hespanhol, art. 923; Italiano, art. 847; Chileno, art. 1329; Portuguez, art. 746; Francez, art. 438; Lei Roumaica, art. 867.

— O Codigo Federal Suisso das Obrigações, mantendo com todas as suas consequencias o principio da personalidade das sociedades commerciaes, dispõe no art. 573, 2.º ai: “A fallencia da sociedade em nome colectivo não traz de pleno direito a fallencia pessoal dos sócios.”

Os socios limitam-se a responder solidariamente pelas obrigações sociaes.

— Segundo a Lei Allemã também a fallencia social não traz a dos socio solidarios (Lei de 1877 § 198 ai. 1), e a doutrina mais corrente na Allemanha não considera as sociedades como pessoas juridicas (Vide nota 3, pag. 62 do 1º vol.).

² O Decr. n. 917, art. 72 § 1. Cod. Com. art. 335 n. II. Identica disposição no Cod. Com. Italiano, art. 848; Argentino, art. 1384, 2.o ai.; Hespanhol, art. 924; Chileno, art. 1329; Lei Roumaica, art. 868.

Mas a lei, com ou sem razão, firma-se na presumpção de que os socios solidarios estão na impossibilidade de pagar, uma vez que deixaram a sociedade cahir em fallencia por falta de fornecimento de fundos bastantes para que fizesse frente aos seus compromissos. Os socios pessoal e solidariamente responsaveis são tão obrigados como a propria sociedade.¹ A divida da sociedade é ao mesmo tempo divida de cada socio. Co-obrigados, os socios captivam-se á sorte e destino da sociedade.

D'ahi a fallencia de cada um deli es, dictada no interesse dos credores sociaes; Estes acharão de prompto todos os recursos possiveis que, no naufragio da sociedade, a lei lhes proporciona.

843. Temos assim a fallencia da sociedade precipitando a dos socios solidarios e ocasionando fallencias parallelas e captivas áquella e, por isso, fundidas todas, pode-se dizer, em uma fallencia unica, com administração una, disciplinada por um só processo colectivo.

A fallencia da sociedade é a fallencia *mater*; é a que dieta a regra de ordem ás dos socios. E' no juizo competente para a declaração daquella fallencia que se desdobra todo esse processo; é ahi que se arrecadam os bens sociaes e particulares dos sócios fallidos (n. 436); é ahi que se congregam as diversas massas dos credores (sociaes e particulares); é ahi, finalmente, que se iniciam e terminam todas as operações das fallencias parallelas.

Graves complicações de facto podem surgir dessa co-existencia de fallencias, onde se chocam interesses diversos; mas as difficuldades, na applicação do direito, desaparecerão desde que se façam as devidas distinções e se apprehendam bem as regras fundamentaes que dominam o assumpto.

¹ MASSÉ, Le Droit Com., vol. 2, n. 1170: "Lorsque la caisse sociale est vide, c'est aux associes à la remplir, et la solidarité qui les enchainé à la fortune sociale confond leurs obligations avec celles de la société."

844. Na mesma sentença que abre a fallencia da sociedade declaram-se as dos socios pessoal e solidariamente responsaveis, indicando-se os nomes destes e o seu domicilio.¹ Na publicação pela imprensa, nas communicações que se fizerem da fallencia da sociedade, devem tambem ser incluídos os nomes dos socios, para que as fallencias destes produzam seus legaes effeitos (n. 171)

Algumas vezes faltarão ao juiz informações necessarias sobre todos os socios, principalmente nas sociedades irregulares ou de facto.

A lei foi previdente exigindo com o requerimento da fallencia a exhibição do contracto da sociedade ou, na falta deste, a indicação dos nomes dos socios, suas qualidades e domicilios.² Vide n. 118.

Mas, se satisfactorias não forem essas informações, será caso de o juiz obtel-as mediante interrogatorio ao representante da sociedade.³

845. Se no decurso do processo provar-se dos autos, dos papeis e correspondencia, ou dos livros, que existe algum socio occulto e solidario, o juiz, a requerimento do curador fiscal, credores ou syndicos, deverá incluir na fallencia da sociedade esse socio; e de tal decisão, que importa em declarar a fallencia do socio, cabem os mesmos remedios ordinarios concedidos á sentença de abertura de fallencia.⁴ No caso de o juiz não declarar aberta a fallencia desse socio, o curador fiscal, o credor ou syndicos que a tiverem requerido podem aggravar, com fundamento no art. 9 do Decr. n. 917.

¹ Os Cods. Coms. Italiano, art. 847, 2.º al.; o Portuguez, art. 746; o Francez, art. 438, e a Lei Ronmaica, art. 867, mandam que o juiz por uma so e mesma sentença declare a fallencia da sociedade e a dos socios, indicando os nomes, prenomes e domicilios destes.

² Decr. n. 917, art. 4, b, e art. 5, d.

³ Decr. N. 917, art. 4 e 5.

⁴ Pareceres do Cons. LAFAYETTE, SILVA COSTA E SOUSA RIBEIRO, no Forum, vol. 4, pag. 4 a 12.

846. A fallencia da sociedade acarretando as dos socios pessoal e solidariamente responsaveis, devendo ellas ser declaradas simultaneamente, e tendo por fundamento a mesma causa, segue-se:

1.º O termo legal da fallencia da sociedade é a mesma da fallencia dos socios.

2.º A fallencia da sociedade toma exigiveis as dividas sociães, as fallencias de cada um dos sócios as respectivas dividas particulares.

3.º As acções singulares ou individuaes dos credores particulares ficam tambem suspensas.

4.º Os juros das dividas particulares dos socios deixam de correr contra a massa nos mesmos termos e condições expostas nos ns. 225 a 229.

5.º A verificação e a classificação dos credores sociaes são feitas simultaneamente ás dos credores particulares dos socios fallidos (n. 654).

847. Se, por ocasião da dissolução da sociedade, algum sócio pessoal e solidariamente responsavel se retira da sociedade com resalva do outro socio ou socios, contra toda a responsabilidade futura, não fica isento de incorrer em fallencia, se a esse estado for levada a sociedade, pois aquella resalva em nada prejudica os credores, excepto:

a) se estes convierem previa e expressamente na dita resalva;

b) se fizerem com o socio ou socios, que passaram a resalva, alguma novação de contracto.¹

¹ Cod. Com. art. 343.

— Está sujeito aos effeitos da fallencia o socio que se retira da sociedade e que não prova o distracto social e a sua exoneração para com os credores pelo assentimento expresso ou tacito destes na resalva. Decisões n' O Direito, 5 vol. 33, pag. 238.

Quando, porém, o socio ou socios que passaram a resalva continuarem no gyro da negociação que fazia objecto da sociedade extincta, debaixo da mesma ou de nova firma, o socio que sahiu da sociedade ficará desonerado inteiramente se o credor celebrar com o socio ou socios que continuarem a negociar debaixo da mesma ou de nova firma, transacções subsequentes indicativas de que confia no seu credito.¹

848. Dissolvida e mesmo liquidada a sociedade (o que não evita a fallencia, n. 61) e um dos socios tomando sobre si o activo e passivo social e dando ao outro socio resalva contra toda a responsabilidade futura, succede muitas vezes que uma turma de credores convem nesta resalva e outra não a approva.²

¹ Cod. Com. art. 343.

— Está sujeito aos effeitos da fallencia o socio que se retira da sociedade e que não prova o distracto social e a sua exoneração para com os oredores pelo assentimento expresso ou tácito destes na resalva. Decisões n' O Direito, 5 vol. 33, pag. 238.

² Esta interessante questão ve-se na Gax. Jurid. de S. Paulo, rol. 17, pag. 81 a 97, com os pareceres dos DRS. PINTO FERRAZ e JOÃO MONTEIRO.

Acceitando em sua solução principal esses pareceres, ha nelles um ponto que nos parece digno de reparo.

Eis a questão:

O art. 74 § unico do Decr. 917 modificou o art. 338 do Cod Com na parte em que este exige que o distracto da sociedade, voluntario ou judicial, leva ser, alem de inserto no registro do commercio, publicado nos periodicos do domicilio social ou no mais proximo que houver, e na falta destes por annuncios affixados nos logares publicos, sob pena de subsistir a responsabilidade de todos os socios a respeito de quaesquer obrigações que algum delles possa contrahir com terceiro em nome da sociedade?

Entendem os DRS. PINTO FERRAZ e JOAÃO MONTEIRO que sim, sendo sufficiente a averbação do distracto no registro do commercio, a qual produz a necessaria publicidade. Divergimos em absoluto, notando antes de tudo que o Decr. n. 917, com a disposição do art. 74 § unico, procurou bem assentar a responsabilidade tão somente do socio de responsabilidade limitada.

Quando, porém, se a queira ampliar também aos socios solidarios, cotejando-se as disposições dos arts. 338 do Cod. Com. e 74 § unico do Decr. n. 917, ve-se:

1.º Que o art. 338 do Cod. Com. cogita do distracto da sociedade, facto este que occasiona a dissolução e consequente liquidação.

O art. 338 suppõe, portanto, que a sociedade entra na vida *in-extremis*, durante a qual somente se podem ultimar as negociações pendentes e liquidar as ultimas (Cod. art. 335, ult. alin.).

2.º Que o art. 74 § unico do Decr. n. 917 tracto de *hypothese* completamente outra; cogita da despedida (scilicet, *retirada*) de um sorteio *antes da dissolução* da sociedade.

Suppõe, pois, não a dissolução da sociedade e sua consequente liquidação, mas, ao contrario, suppõe a sociedade continuando a sua vida normal.

Dá-se, tão somente, uma modificação na sociedade (modificação, é o termo empregado no art. 8 do Decr. n. 916 de 1890, registro de firmas).

Ora, é principio incontestável de direito que as disposições de leis posteriores só revogam as de leis anteriores *si contraria sint* (PAULO no fr. 28, Dig. de Lcgibus), isto é, nos casos em que se verificar que ha inconciliável opposição entre as duas leis; aliás se as deverá procurar harmonisar (RIBAS Dir. Civil, vol. 1, pag. 246).

Onde a inconciliavel opposição entre o art. 74 § único do Decr. n. 917 e o art 338 do Cod. Com.?

Estudando-se com attenção o art. 74 § único do Decr. n. 917, vae que é elle o mesmo art. 339 do Cod. Com.

Tracta se de determinar entre os socios a responsabilidade do retirante pelas obrigações, contrahidas pela sociedade emquanto este delia fazia parte.

O Cod, no art 339, definia a extensão dessa responsabilidade dizendo que ia até ao momento da despedida.

Qual era esse momento: aquelle em que o socio se retirava de facto, ou aquelle em que se fazia a averbação no registro do commercio?

O Decr. n. 917 suppriu a deficiencia do art 339 precisando como momento da despedida a data da averbação da modificação social no registro do commercio.

O alcance desta disposição é regular os direitos e interesses entre o socio que se retira e os socios que continuam formando a sociedade; é uma disposição de natureza particular, que pode mesmo ser alterada pelas partes no acto constitutivo da modificação social Podem, por exemplo, os sócios que ficam contractar com o socio que se retira, mediante um preço determinado que supportarão todas as responsabilidades e perdas havidas ate ao momento da despedida. Attendendo-se á *mens legis* ve-se que é antes um Caso de *jus privatum* do que de *jus publicum* caso em que *conventio vincit legem*.

Que opposição ha entre este artigo 339, explicado pelo art. 74 S unico, e o art 338? ou melhor, quando já se notou *opposição inconciliavel* entre os arts. 338 e 339 do Cod?

O art. 338 do Cod. Com. tem um fim mais elevado que o art. 339: garante direitos de terceiros.

Para que estes terceiros não possam allegar a ignorancia da dissolução da sociedade, o Cod. exige, alem do registro do distracto, a publicação deste nasede social. Não se argumente, em contrario, com a expressa referencia que o art. 7 § unico do Decr. n. 917 faz aos arts. 338 e 339 do Cod.

Por isso mesmo é que se deve considerar estes artigos em vigor e a cor sequencia a deduzir é que, no caso mesmo da retirada do socio, este fac deve ser publicado na sede social para evitar que o sooio retirante abuse da firma social e responsabilise os socios que ficam compondo a sociedade.

O Decr. n. 917 reproduziu, em seu corpo, muitas disposições textuaes do Cod. do Com., aliás sem necessidade, mas unicamente levado pelo desejo de ser completo.

O art. 70, n. II § 2 não é a reproducção do art. 391 do Cod?

O art. 73 § 7 não é a do art. 328 do mesmo Cod?

Para resolver a questão não precisamos entrar nos motivos ou razões justificativas do art. 338 do Cod. Com.

Seria sahir do papel de interprete para entrar nos campos do legislador. *Uti scripta est lex, ita lex esto*.

De jure constituendo devia ser apreciada a tendencia da jurisprudencia que, sem reluctancia, tem acceito que a noticia provada da dissolução suppre a publicação pela imprensa, e se admittir para os effeitos do distracto da sociedade relativamente a terceiros a averbação no livro do registro de firmas, sabia instituição creada pelo Decr. n. 916 de 1890, pois este livro é publico e por todos pode ser consultado gratuitamente (art. 12 do cit. Decr. n. 916).

Mas, tal não é a nossa lei, e não está isolada. O Cod. Com. Argentino, art. 429, manda que a dissolução da sociedade commercioal sempre que proceda de ontra causa que não a terminação do prazo contractual, não produza effeito ou prejuizo de terceiro até que se anote en el registro de comercio y se publiquei en el lugar donde tenga la sociedad su

Qual a situação desta sociedade no caso de fallencia? quaes os direitos dos credores?

A sociedade, embora dissolvida e liquidada, tendo continuado a existir em relação aos credores que não acceitaram expressa (caso do art. 343; 1.º parte) ou tacitamente (caso do art. 343, ult parte) a responsabilidade do sócio que passou a resalva, para estes credores não se extinguiu a responsabilidade da sociedade, nem consequentemente a responsabilidade pessoal e solidaria dos respectivos socios (Cod. Com. art. 329).

Os credores, porém, que expressa ou tacitamente concordaram com a resalva, novaram as suas obrigações; substituíram a devedora antiga, a sociedade, por outro devedor, o sócio que passou a resalva, ou a sociedade que continua com outros socios sob a mesma ou nova firma; desobrigaram ao mesmo tempo a sociedade e o sócio que se retirou com a resalva.

Declarada a fallencia de uma sociedade nessas condições, para os credores dissidentes ella subsiste com todo o seu activo demonstrado pelos livros commerciaes. Este activo é reservado para pagamento deses credores.

Sobre este activo, portanto, nenhum direito têm mais os credores que acquiesceram expressa ou tacitamente com a resalva, pois, como ficou dito novaram os seus credits e a novação extingue não só a divida antiga creando orna nova, como todas as qualidades, privilegios e garantias que eram connexas á divida antiga.¹

A divida que estes credores tinham contra a sociedade passa a ser divida particular do sócio, e nessa conformidade deve figurar o seu titular na fallencia.

849. Os commanditarios podem era dois casos tornar-se solidarios:

domicilio ó establecimiento fijo. O Cod. Com. Portuguez (1880) exige tambem, no art. 123, que a dissolução de qualquer sociedade seja devidamente publicada.

¹ L. 18, L. 31 § 1, Dig. 46, 2; L. 4, Cod 8, 40; L. 3, Cod. 8, 41.

1.º Quando praticam algum acto de gestão, empregara-se nos negocios da sociedade ainda mesmo como procurador, ou fazem parto da firma.¹

2.º Quando não existe contracto registrado.²

No primeiro caso. dispõe o Decr. n. 917, art. 72 § 3.º, os sócios commanditarios não incidirão noa efeitos da fallencia, mas responderão *in solidum* por todas as obrigações sociaes.³

Esta responsabilidade solidaria do socio coramanditario arguido de, tomar parte em actos de gestão social deve ser decretada, depois de provada por meio de acção ordinaria, promovida pelos representantes da massa, e nunca decidida summariamente no processo da fallencia da sociedade, fallencia que não exerce influencia alguma sobre a posição particular do coramanditario.⁴

A solidariedade pronunciada contra o coramanditario que pratica actos de gestão, diz MASSÉ, é uma pena, que não deve exceder os termos da lei nem receber aggravacão arbitraria. O socio commamanditario, ain da que passível de uma acção solidaria, não se torna por isso socio solidario, porquanto não é admissivel submettel-o á solidariedade senão quando os outros socios não

¹ Cod. Com. art, 314.

² Cod. Com. art. 301 *in fine* expressamente declara a solidariedade dos socios para com terceiros enquanto o contracto social nao for registrado. Esta disposição guarda conformidade com o art. 202, ns. 4 e 7 do cit. Cod., quando exige que na escriptura social se declare a parte que os socios têm nas perdas e bem assim tudo quanto disser respeito aos direitos e obrigações dos socios para com terceiros; e está de accordo com o art. 305 *in fine* que estabeleceu a solidariedade dos socios occultos. SILVA COSTA, Parecer no Forum, vol. 4, pag. 6 e 7. A jurisprudencia é neste sentido. O Direito, vol. 4, pag. 807, e vol. 17, pag. 315.

³ Cessou assim a variedade da jurisprudência anterior ao Veer. n. 911 a qual se pode ver em ORLANDO, Cod. Com., nota 438.

— Poupando da fallencia o socio commanditario que se tornou solidario nos termos do art. 314 do Cod. Com., não abriu o Decr. n. 91 uma porta a abusos e fraudes e não plantou injustificável desigualdade relativamente aos socios solidarios, deixando estes com as mais graves responsabilidades da administração da sociedade, quando nesta interveiu o commanditario?

E' assumpto este digno de muita attenção.

⁴ Ac. da Rel. do Rio, de 18 de Julho de 1879, n'O Direito, vol. 80, pag. 559.

pagam; não se lhe podem applicar as normas reguladoras dos socios em nome colectivo, solidarios de pleno direito e cuja sorte está necessariamente ligada á da sociedade; é um devedor ordinario contra o qual os consocios e os credores da sociedade têm uma acção indefinida em vez da acção limitada a que se deveriam restringir se não houvesse elle praticado actos de gestão. Mas esta acção, no caso em que o commanditario não pague, deve seguir as vias de direito comraum, e não pode levar a uma declaração de fallencia senão quando o devedor, sendo commerciante, se ache em posição pessoal que a auctoris. ¹

No 2.º caso, quando não ha contracto social ou quando não é este registrado, mudam-se os termos da questão. A falta de registro faz desaparecer a qualidade de commanditario, subsistindo uma sociedade irregular, de facto, onde todos os socios são pessoal e solidariamente responsaveis (n. 118). A fallencia da sociedade acarreta *ipso jure* a fallencia desses sócios. ²

850. Nas sociedades em conta de participação somente os socios ostensivos e gerentes poderão ser declarados fallidos (vide n. 123). ³

851. O socio de industria, que contribuir para o capital com alguma quota em dinheiro, bens ou effeitos, ou for gerente da firma so ciai

¹ MASSÉ, Le Droit Com., vol. 2, n. 1171.

² Pareceres dos DRS. SILVA COSTA, SOUZA RIBEIRO e CONS LAFAYETTE, no Foram, vol. 4, pag. 4 a 12.

— A Relação do Rio, em Ac. de 5 de Maio de 1874, decidiu que a falta de registro do contracto social torna solidário o socio commanditario, e esto deve ser comprehendido na fallencia da sociedade, e arrecadados os seus bens. O Direito, vol. 4, pag. 801. O Supr. Trib. de Just., por sentença de 17 de Março de 1877. e a Rel. da Corte pelo Ac. Revisor de 26 de Outubro do mesmo anno, resolveram que o socio commanditario sem contracto registrado não é responsavel pelo pagamento do passivo da sociedade, que veia a fallir, se contra elle não houver sido proferida sentença em forma legal (O Direito, vol. 12, pag. 774 e vol. 14, pag. 746).

Em Ac. de 3 de Setembro de 1878 decidiu também a Relação do que o socio commanditario sem contracto registrado é solidariamente responsavel. *ex-vi* do art. 301 do Cod. Com., mas não pode ser declarado em fallencia (O Direito, vol. 17, pag. 315).

A doutrina deste accordam e da sentença do Sup. Trib. de Just, é hoje insustentavel em vista do Decr. n. 917, o qual no art. 72 § 2 somente afastou dos effeitos da fallencia o commanditario que, nos termo do art. 314 do Cód. Com., se tornar solidario.

³ Decr. n. 917, art. 72 § 3.

ficará, nos termos do art 321 do Cod. Com, solidario em toda a responsabilidade, e é arrastado pela fallencia da sociedade de que faz parte.¹

ARTIGO II

Quanto aos socios de responsabilidade limitada

Summario. — 852. Os socios de responsabilidade limitada não incidem em fallencia, mas devem preencher as quotas com que se obrigaram a contribuir. — 853. Cabe aos syndicos exigir a contribuição desses socios. - 854. Questões importantes que surgem. Os syndicos podem proceder a venda dos direitos que a massa tem de exigir a contribuição? Podem transigir sobre esses direitos? — 855. Responsabilidade do socio que se retira.

852. Os socios de responsabilidade limitada (commanditarios nas commanditas simples ou por acções) não incidem em fallencia pelo só facto de fallir a sociedade.

Devem, porém, preencher as quotas com que se obrigaram a contribuir, quaesquer que sejam as disposições do contracto social.²

A responsabilidade dos commanditarios é limitada ao valor de suas quotas, isto é, da parte com que figuram na formação do capital

¹ Decr. n. 917, art. 72 pr.

² Decr. n. 917, art. 74 pr.

Cod Com. Portuguese, art. 748: "Se os socios de responsabilidade limitada não houverem, ao tempo da declaração da fallencia, concorrido com tudo a quanto se obrigaram, deve a administração da massa fahida compellil-os a isso." Vide tambem o Cod. Com. Italiano, art. 852.

social; os fundos postos em commandita, constituindo patrimonio da sociedade, servem de garantia commum aos credores.

O Decr. n. 917 protege cora vantagem os interesses dos credores sociaes no caso de fallencia quando, no art 74, obriga os socios de responsabilidade limitada a preencherem as suas quotas quaesquer que sejam as disposições do contracto social.

Assim, pois, toda e qualquer clausula contractual que possa restringir, modificar, diminuir ou evitar a *effectiva e real* entrada de toda a quota, parte integrante do capital social, não produz efeitos relativamente á massa, com quanto algumas vezes valida podesse ser entre os socios se não houvesse sobrevindo a fallencia da sociedade.

Exemplos: no contracto social estipula-se que o commanditario tem a faculdade de renunciar os seus direitos sobre a parte já realisada da quota, com a condição de exonerar-se da obrigação de pagar o saldo resíduo. Eis uma clausula que não pode ser opposta a terceiros, e consequentemente, á massa, pois a parte do capital, pelo qual se responsabilizou o commanditario, fixada pelo contracto social, não pode ser arbitrariamente diminuida.

No contracto diz-se que o commanditario entrará com tantos por cento do valor da sua quota, completando o saldo residuo com os lucros que a sociedade possa dar; fallindo a sociedade, e, portanto, tornando-se impossivel preencher a quota pelo modo estipulado, tem esta de ser preenchida em dinheiro, pois o commanditario deve sempre fazer boa a sua quota.

Estipular-se no contracto que a quota commanditaria não responda pelos debitos sociaes senão até certa proporção, seria convenção sem effeito para com terceiros.¹

¹ MARGHERI, *Il Codice Com. Ital. Commentato*, vol. 2, n. 348.

853. Cabe á massa, que neste caso obra como terceiro na defeza de direitos e interesses dos credores, exigir amigavel, ou judicialmente no caso de recusa, a contribuição dos socios de responsabilidade limitada (n. 197).

A massa pode exigir o saldo residuo das quotas desses socios antes mesmo de liquidar os bens da sociedade, porque estas quotas fazem parte do patrimonio social,¹ constituem credito da sociedade fallida e, portanto, da massa.²

D'ahi se conclue que os syndicos têm de pedir o complemento integral das quotas; não precisara provar o *deficit* que a fallencia da sociedade apresenta era sua liquidação, nem a insuficiencia dos bens particulares dos socios solidarios, nem ainda declarar o destino ou applicação que vão ter os fundos exigidos.³

¹ VIVANTE, *Trattato di Diritto Com.*, vol. 1, n. 344.

² VIDARI, Corso, vol. 9, n. 8913, diz que nada mais erroneo do que se pensar que as quotas ou acções ainda não integradas devam ser preenchidas conforme as necessidades da fallencia.

"Às quotas não ainda preenchidas, escreve o preclaro commercialista, constituem um credito da sociedade para com os socios e portanto uma parte daquelle patrimonio sobre o qual os credores têm direito de exercer os seus direitos. Se assim é, não pode haver duvida que aquelles socios sejam sempre obrigados a qualquer exigencia, e essa exigencia seja um dever preciso, indeclinavel do curador (nossos syndicos).

MASI, *Del Fallimento*, vol. 2, pag. 617: "Le quote che ai tempo dei fallimento sono tutavia dovute, costituiscono un credito della societa, che forma parte di quel patrimonio, che in seguito dei fallimento, ai creditori della societa appartiene."

E' o que diz também DELOISON, *Traité des Sociétés Com.*, vol. 1, n. 222. "Desde que a sociedade em commandita é uma individualidade jurídica, é credora dos commanditarios pela importancia de suas quotas, e estes commanditarios devedores, devendo pagar juros do retardamento."

O Cod. Com., no art. 289, obrigando os socios a pagar juros pela demora da entrada das quotas e contingentes a que se obrigaram, reconhece implicitamente que a sociedade é credora e o socio remisso devedor.

³ Não é a fallencia que faz nascer para a massa o direito de exigir a integração da quota commanditaria; esse facto torna tão somente exigivel a obrigação do commanditario.

Eis a lição de LYON-CAEN & RENAULT, *Tratte de Droit Com.*, Vol 2, n. 474: "Ces événements (faillite et liquidation judiciaire) et la dissolution ne peuvent pas faire naître de nouveaux droits au profit des créanciers sociaux, ils donnent seulement lieu à l'exercice de droits préexistants. On ne doit pas exiger une discussion préalable de l'actif réalisé; les mises faites ou à faire constituent également des éléments de l'actif social." Vide os mesmos LYON-CAEN & RENAULT, *obr. cit.*, vol. 8, n. 1186; HOUPIN, *Traité des Sociétés*, ed. 1899, vol. 1, n. 235; DALLOZ, *Suppl. au Répert.*, verb. Société, n. 745.

Estes fundos vêm reunir-se ao activo da fallencia, e os syndicos somente prestam contas do emprego, que delles fizeram, depois de finda a liquidação nos termos do art. 64 do Decr. n. 917. (Vide ns. 608 o 674)

Havendo sobras o juiz nomeará liquidante para fazer a distribuição entre os contribuintes, na conformidade do art. 63 § 6.º do cit. Decr. n. 917. (Vide n. 668)

Outrosim, não havendo entre os coramanditarios o menor laço de solidariedade, a obrigação de cada ura é independente da dos outros. Cada qual é devedor da sua quota e responde, portanto, pelo valor exacto desta, nem mais nem menos.¹

A acção competente para haver o preenchimento das quotas é a de assignação de dez dias, pois a base da acção é o contracto social.²

854. Sobre o direito que tem a massa de exigir dos socios de responsabilidade limitada o preenchimento de suas quotas, importantes questões apparecem.

1.º Os syndicos, com auctorisação da commissão fiscal, podem mandar vender em leilão publico, na conformidade do art 60, a, do Decr. n. 917, os direitos que a massa tem de exigir a integração das quotas? A vista do que temos dito, a resposta affirmativa impõe-se. As quotas ainda devidas ao tempo da fallencia constituem um credito da massa (vide n. 853). A amplitude dos termos do art. 60, a, do Decr. n. 917 “procederão á venda de todos e quaesquer...direitos e acções...” afasta qualquer duvida.

2.º Os syndicos, com auctorisação da commissão fiscal, usando da faculdade do art. 60, 6, do Decr. n. 917, era vez de demandarem os socios de responsabilidade limitada para preencherem as

¹ LYON-CAEN & RENAULT, obr. cit., vol. 2, n 484, e vol. 8, n. 1186; VIVANTE, Trattato di Dir. Com., vol. 1, ns. 277 e 343.

² Regul. n. 737, art. 247.

suas quotas podem transigir? Também nos parece que sim, desde que seja caso de transacção (n. 632). A disposição legal auctorisa essa solução.

855. O socio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsavel pelas obrigações contrahidas e perdas havidas até ao momento da despedida, que será o da data da respectiva averbação no registro do commercio.¹

SECÇÃO II

Effeitos da fallencia da sociedade quanto aos credores e aos patrimonios della e dos socios

Summario. — 856. Na fallencia da sociedade ha duas ordens de credores e duas ordens de patrimonios. — 857. Separação dos patrimónios. — 858. Como se pagam os credores sociaes. — 859. Como se pagam os credores particulares dos socios. — 860. Quando uma mesma pessoa for membro de diversas sociedades com diversos socios, fallindo uma, quaes os direitos dos credores della. — 861. Como os socios não ostensivos são admittidos ao passivo. — 862. Fallindo o socio gerente na sociedade em conta de participação, como é licito ao terceiro saldar as coutas que com elle tiver. — 863. Só os credores sociaes tomam parte nas deliberações referentes ao patrimonio social e concorrem com os

¹ Decr. n. 917, art. 74 § unico. Cod. Com. arts. 338 e 339.

— Este art. 74 § unico em nada modificou o art. 338 do Cod. Com. Vide nota 3, pag. 124 deste vol.

particulares sobre o patrimonio individual dos socios solidarios. — 864. Só os credores sociaes podem eleger os syndicos definitivos.

856. Em virtude de a fallencia da sociedade arrastar a dos socios solidarios surgem:

1.º Duas ordens de patrimonios:

a) o patrimonio social;

b) os patrimonios individuaes de cada socio pessoal e solidariamente responsavel.

2.º Duas ordens de credores:

a) credores sociaes;

b) credores particulares de cada um dos socios pessoal e solidariamente responsaveis.

867. Os patrimonios social e individual dos credores solidários serão arrecadados e entregues á administração dos syndicos e do curador fiscal (n. 436) e inventariados separadamente, de modo a não se confundirem nas operações da administração e liquidação do activo e passivo (n. 456 e 459).

Esta completa separação conjura a possibilidade de attritos, entre os diversos grupos de credores, e acautela direitos e interesses reciprocos.

868. Os credores sociaes pagam-se principalmente pelos bens da sociedade, pois que estes bens são reservados para satisfazer as obrigações sociaes.

Se o producto delles não chega para integral pagamento aos credores sociaes, estes concorrem com os credores particulares de cada um dos sócios solidários sobre o respectivo património individual.

Neste concurso dos credores sociaes com os particulares sobre os bens de cada socio solidario, os credores sociaes apresentam-se pelo saldo e não pela totalidade das dividas.¹

869. Os credores particulares são pagos:

a) pelos bens do respectivo socio devedor e em concurso com os credores sociaes na forma dita no n. 858 supra;

b) pelas sobras que o socio tiver na sociedade depois de pagos os credores sociaes.²

860. Quando uma mesma pessoa for membro de diversas sociedades com diversos socios, fallindo uma, os credores della só poderão executar a quota liquida, que o socio commum tiver nas sociedades solventes, depois de pagos os credores destas.³

Essa disposição tem logar se as mesmas pessoas formarem diversas sociedades; fallindo uma, os credores da massa fallida só terão direito sobre as massas solventes, depois de pagos os credores destas.⁴

861. Os socios não ostensivos da sociedade em conta de participação serão admittidos ao passivo pela parte dos fundos com que

¹ Decr. n. 917, art. 73 § 3.

— Acabou se assim a variedade de jurisprudencia sobre tão importante assumpto. Vide ORLANDO, Cod. Com., nota 1272.

Muito poderia dizer-se sobre a disposição do Deor. n. 917 que manda os credores sociaes se apresentarem na fallencia dos socios pelo saldo e nao pela totalidade de seus créditos. Não offende esta disposição a theoria classica dos co-obrigados tal como foi adoptada pelo art. 70, n. IV 2?

² Decr. n. 917, art. 73

³ Decr. n. 917, art. 73 4 e 5; Cod Com. Art. 292, 2 e 3 parte.

⁴ Decr. n. 917, art. 73 4 e 5; Cod Com. Art. 292, 2 e 3 parte.

contribuíram, se provarem que esta não foi absorvida pelas perdas conforme a quota de cada um.¹ Vide n. 123.

E' esse um principio de equidade. Justo não seria que os credores por causa alheia á participação se locupletassem com os fundos fornecidos pelos participantes.

Para applicação daquelle principio deve a massa, pelo órgão dos syndicos, representando o socio gerente, prestar contas aos participantes demonstrando assim as perdas ou lucros existentes.

Verificado o saldo os participantes são admittidos ao passivo qualidade de credores, em concurso com os outros.

862. No caso de fallir o *socio gerente* da sociedade *em conta* de participação, é licito ao terceiro com quem houver tractado saldar todas as contas que com elle tiver, posto que abertas sejam debaixo de distinctas designações com os fundos pertencentes á quaesquer das mesmas contas, ainda que os outros socios mostrem que esses fundos lhes pertencem,² uma vez que não provem que o dito terceiro tinha conhecimento, antes da fallencia, de existir a sociedade.³

863. Conhecidos os diversos grupos de credores que concorrem na fallencia da sociedade e os direitos de cada um sobre os patrimonios arrecadados, naturalmente se impunha a regra seguinte que o Decr. n. 917 formula no art. 73 § 6: — só os credores sociaes tomarão parte nas deliberações referentes ao patrimonio social; mas concorrerão

¹ Decr. n. 917, art. 73 § 8. Identicas disposições no Cod. Com. Ital., art. 860, 2º parte, e na Lei Roumaica, art. 870, 2º parte.

² A razão é que: *in creditum abit credita pecunia et non quaeritur origopecunice*.

³ Decr. n. 917, art. 73 § 7; Cod. Com., art. 328.

com os credores particulares dos socios nas que affectarem o patrimonio individual de cada um dos fallidos.¹

864. Tem-se questionado se, para a eleição de syndicos definitivos e da commissão fiscal, devem concorrer indistinctamente os credores sociaes e os particulares de cada socio.

Tracta-se na verdade de nomear administração una para todas as fallencias, mas é certo que a fallencia-mãe é a da sociedade. As fallencias dos socios solidarios são um producto, uma consequencia daquella, são dictadas em beneficio dos credores sociaes, cujos creditos têm por garantia não só o patrimonio social, mas tambem, no caso de insuficiencia deste, os patrimonios de cada socio.

Não se pode, portanto, negar aos credores sociaes o direito exclusivo de elegerem a administração da massa que constituem para a liquidação do activo e passivo da fallencia principal.

As razões, que justificam a unificação de todas aquellas fallencias em um só processo, aconselhara que se confie a liquidação do activo e passivo das fallencias paralelas de cada socio á massa dos credores sociaes, representada pelos seus órgãos, seus mandatarios.

A regra absoluta deveria ser: tantas massas de credores quantos os fallidos; tantos syndicos quantas as massas. Mas, considerando que as fallencias dos socios solidários são subordinadas á da sociedade, a lei, com a sua auctoridade soberana, priva as differentes massas dos credores particulares do direito de representação, que, no rigor logico e juridico, deveriam ter, sujeitando-as á administração da massa dos credores sociaes. Eis tudo.

¹ Cod. Com. Portuguese, art. 746 § 2: "Os credores da sociedade serão ouvidos com respeito ao patrimonio social, e elles e os credores pessoas dos socios com respeito aos bens destes."

Nem seria possivel proceder de outro modo a lei pelo absurdo a que nos levaria.

Interviessem os credores particulares dos sócios na eleição de syndicos e commissão fiscal, os credores sociaes, aquelles em cujo interesse foi justamente declarada a fallencia dos sócios solidários, muitas vezes seriam superados em numero e pelo valor dos créditos. Inverter-se-ia assim a sua situação.

Alliados os credores particulares dos diversos socios, dictariam a lei na fallencia da sociedade; fraudada seria a primeira parte da disposição do art. 72 § 6.º do Decr. n. 917 quando determina que só os credores sociaes tomem parte nas deliberações referentes ao patrimonio social.¹

SECÇÃO III

Concordata na fallencia da sociedade

Summario. — 865. A sociedade fallida não pode apresentar proposta de concordata, mas sim os socios. — 866. A concordata por abandono por quem pode ser proposta e que bens comprehende. — 867. A concordata por pagamento por quem pode ser proposta. — 868. Formada a concordata, é entregue o patrimonio social ao socio ou socios concordatarios para o liquidar. — 869. Embargos á concordata pelos socios dissidentes — 870. Novação

¹ O advogado DR. JOB DE REZENDE na minuta do agravo de S. Carlos do Pinhal aggravante Antonio Carlos de Arruda Botelho e aggravada a fallencia de L. Botelho & Comp. sustentou com vantagem a thesi da nao participação dos credores particulares na escolha de syndicos definitivos.

que se opera nessa concordata formada com os sócios; suas consequencias. — 871. A concordata na fallencia da sociedade faz cessar a fallencia dos socios solidarios. — 872. Credores que tomam parte na votação da concordata. — 873. A rescisão da concordata affecta somente o socio conoordatario.

865. A fallencia dissolve de *pleno direito* a sociedade; esta, como já dissemos no n. 838, subsiste somente durante o processo da fallencia afim de precisar as relações juridicas nascidas durante a sua vida normal.

Tal sociedade, cujo vinculo entre os socios está destruido, e que, portanto, perdeu a sua individualidade juridica, não pode mais resurgir para contrahir obrigações como as que se originam da concordata.

Isso, porém, não embaraça a que todos ou um dos socios, já pela responsabilidade solidaria que têm, já para salvar outros interesses até mesmo de ordem moral, proponham aos credores a concordata sob qualquer de suas formas.

O socio ou socios, com quem for ajustada a concordata, poderão tão somente realizar a liquidação da sociedade praticando aquelles actos necessarios para o completo cumprimento das condições concordatarias.

Todas as regras relativas á concordata do comraerciante sob nome individual applicam-se ás concordatas apresentadas e realizadas na fallencia da sociedade. Entretanto, regras particulares existem que precisam ser expostas.

866. A concordata por abandono somente pode ser proposta por todos os socios solidarios, e, salvo convenção em contrario, não comprehende os bens particulares destes socios.¹

E' bem de ver que, se esta concordata tiver de abranger o patrimonio individual dos sócios, os credores particulares destes devem tambem ser ouvidos. E' o que promana da disposição do art 73 § 6.º do Decr. n. 917.

Neste ultimo caso os credores particulares ficam sujeitos a todos os effeitos daquella concordata.

867. A concordata por pagamento pode ser proposta:

a) Por todos os socios que compunham a sociedade fallida.²

b) Por qualquer destes socios.³ Dá-se aqui uma extensão não admittida por muitas legislações. O socio commanditario não estando sujeito a fallencia parece que não devia ter o direito de propor concordata. No entretanto os termos amplos do art 76 pr. e § 1.º — *qualquer dos socios* — levam-nos a opposta solução.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 75.

² Decr. n. 917, arg. do art. 76.

³ Decr. n. 917, art. 76.

- O Cod. Com. Portuguez, art. 749: "Nas soiedades em nome colectivo e em commandita podem os credores conceder concordata só a um ou a mais dos socios de responsabilidade illimitada.

§ unioo. No caso previsto neste artigo os bens não sociaes do sócio concordado saem da massa fallida, não respondendo esta pelos obrigações da concordata, e ficando aquelle liberto de responsabilidade solidaria para com os credores da sociedade." Vide tambem Cod. Com. Italiano, art. 804.

⁴ Trib. de Juat. de S. Paulo, em Ac. de 20 de Abril de 1897, resolveu que o commanditario podia apresentar concordata, ficando com os mesmos direitos da sociedade fallida, e portanto podia pedir oque lhe era devido por assignacao de dez dias. *Revista Mensal*, vol. V, pag. 423.

Cada socio tem o direito de discutir a proposta de concordata apresentada pelo consocio e apresentar substitutiva.¹ A lei consulta sobretudo o interesse dos credores. E' na verdade boa medida.

868. Aceita a proposta e homologada, ao socio ou socios concordatarios será entregue o patrimonio social para liquidal-o como entenderem, fazendo seus todos os com modos e incommodos.² Esta liquidação é operada pelos concordatarios, sob a fiscalisação da commissão que o juiz tem de nomear (n. 502), devendo na satisfação do passivo proceder de conformidade aos termos da concordata.

869. E' licito a qualquer dos socios oppor embargos A concordata quando expressamente se oppuzer a esta na reunião em que for ella proposta e aceita. Dentro do prazo de cinco dias. que o juiz assignar, formulará o socio dissidente os seus embargos que serão processados e julgados nos termos expostos nos ns. 536 a 543.

Está subentendido que, alem dos socios, podem tambem os credora dissidentes oppor embargos.

870. Aceita a concordata, o socio que a faz torna-se o único devedor dos credores sociaes.

Dá-se então uma verdadeira novação (caso 2.º do art. 438 do Cod.Com.). A sociedade fallida, que se extinguiu, deixa de ser a devedora.

D'ahi as conseqüências seguintes, que o Decr. n. 917 estabelece no art 76 § 1.º e que acham apoio tambem na ultima parte do art 438 do Cod. Com.:

1.º A exoneração dos co-obrigados com a sociedade fallida. Em todo o caso, é licito aos credores manterem a responsabilidade destes co-obrigados, fazendo expressa declaração (n. 563).

¹ Decr. n. 917, art 76 pr.

² Decr. n. 917, art. 76 § 2.

2.º A exoneração de todos os outros sócios solidarios não concordatários.

871. Solvida a fallencia da sociedade em virtude de concordata formada com um ou mais sócios, cessa a fallencia dos socios pessoal e solidariamente responsaveis.

A fallencia desses socios, produzida pela da sociedade, tinha por fim exclusivo facilitar aos credores sociaes a respectiva liquidação. *Sublata causa, tollitur effectus.*

892. Na votação da *concordata por pagamento* tomam parte somente os credores sociaes.¹

Os credores particulares libertam-se da sujeição em que os collocára a fallencia da sociedade da qual o seu devedor fazia parte.

Não estão, pois, estes credores particulares sujeitos aos efeitos da concordata.² Recuperam o direito de proceder singularmente contra o respectivo devedor.

Em termos habeis, deve, porém, ser entendido o que acabamos de dizer. Nada obsta a que os socios, depois de formarem concordata com os credores sociaes, constituam outra com os credores particulares. Haverá nesse caso duas assembleas concordatarias completamente distinctas cada uma deliberando sobre assumpto de seu peculiar interesse.

873. A rescisão da concordata affectará tão somente o sócio concordatario a quem a massa foi entregue.³

¹ O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 28 de Julho de 1897, assim tambem decidiu. Revista Mensal, vol. 6, pag. 124, e O Direito, vol. 78, pag. 531. Essa decisão resente-se, porém, de falta de clareza e segurança de doutrina. E' uma sentença fraca, cujo argumento de maior valor invocado foi um aresto da Côte de Appellação de Veneza!

² Decr. n. 917, art. 45 § 4.

³ Decr. n. 917, art. 76 § 4.

Capitulo IX

Da Reabilitação

Summario. — 874. Conceito da reabilitação. — 875. Condições essenciaes para a reabilitação. — 876. Continuação. — 877. Casos em que o fallido apesar de condemnado pode requerer reabilitação. — 878. Processo da reabilitação. — 879. Reabilitação de fallido morto. — 880. Carta de reabilitação.

874. A reabilitação é a declaração judicial de achar-se o fallido reintegrado no exercicio de todos os direitos que a fallencia restringiu e, consequentemente, liberto de todos os effeitos della decorrentes.

E' ella, na phrase de DUVIVIER, o restabelecimento final da molestia que soffreram a honra e o credito do commerciante; tem para os fallidos a virtude curativa da agua de Lethes.¹

A indole moderna da *reabilitação* é muito differente do seu antigo conceito.

A reabilitação é uma resurreição civil, pronunciava o velho direito portuguez.²

"Tornemos difficil a reabilitação, dizia o orador do Governo Francez, MR. DE SÉGUR, no Tribunato; será assim mais honrosa. Quando

¹ Traité de la faillite des Sociétés Commerciales, pag. 242.

² Alvará de 13 de Novembro de 1766 § 23.

um homem quer readquirir a sua honra, deve estimar que ninguém possa duvidar da sua innocencia, e a boa fé não receia a luz.”

Foi sobre taes sentimentos que o Codigo Commercial Francez levantou o seu systema da reabilitação na fallencia, o qual ainda hoje é bastante severo.¹

Actualmente se procura mitigar o mais possivel os effeitos da fallencia. A *reabilitação* do devedor tende a ser tanto quanto possivel facilitada.²

875. Para a reabilitação exige-se:

1.º Que a fallencia tenha sido qualificada casual ou que o fallido tenha sido absolvido de accusação de fallencia culposa, fraudulenta ou acto a ella equiparado,³ ou, quando condemnado, haja sido declarado innocente nos termos do art. 86 do Cod. Penal.⁴

2.º Que o fallido tenha cumprido a concordata por pagamento, ou obtido dos credores a quitação plena.⁵

¹ MR. BOUCHER, Manuel des Négociants, vol. n, pag. 674, observava, sobre o art. 614 do Cod. Com. Francez, que seria para desejar que, quando um fallido se rehabilitasse, seus credores lhe fizessem presente, publicamente, de uma medalha de prata onde fosse gravado um emblema annunciando a acção honrada e proba, assim oomo o dia, mez e anno de sua reabilitação; seria a maior homenagem que se prestaria á virtude. Pois assim, diz elle, que, ha alguns annos, os credores procederam na Escocia com um negociante de gado (Apud BOILLEUX sur BOULAY-PATY, vol. 2, n. 1185).

² THALLER, Des Faillites en Droit Comparé, vol. I, n. 80.

³ Decr. n. 917, art. 86 pr.

⁴ Decr. n. 917, art. 86 § 1.

⁵ Decr. n. 917, art. 47. Cessou assim a grande questão agitada na vigencia da parte 3.º do Cod. Com.: se a concordata legalmente homologada importava *ipso facto* a reabilitação do fallido. Vide ORLANDO, Cod. Com., nota 1411; CONS. OLEGARIO, n'O Direito, vol. 1, pags. 20; DR. ALFREDO BERNARDES DA SILVA, Relatorio apresentado ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na Revista deste Instituto, vol. 12, pag. 12.

— A concordata cumprida em relação aos chirographarios não reabilita o fallido sem a quitação dos oredores reivindicantes conhecidos e classificados por ocasião de sua homologação. Decisões dos Tribunaes da Capital Federal, na Revista de Jurisp., vol. 5,

A concordata cumprida importa quitação ao fallido, e, assim, dá caminho á reabilitação desde que concorra tambem o requisito acima exposto.¹

Quitação plena não quer dizer somente pagamento integral do principal e juros, mas também a desoneração obtida pelo devedor da totalidade da divida. Assim, têm quitação plena: o fallido que forma com os credores a concordata por abandono;¹ os socios de responsabilidade

pag. 79 e segs. Essa questão, que não parece ter sido criteriosamente solvida, merece detido exame, e essas decisões resentem-se de precipitação, obscuridade e muita confusão de idéas.

¹ Decr. n. 917, art. 43. A concordata por abandono... importará completa desoneração Ao devedor...

— Bem resolveu o Trib. de Just. de S. Paulo, em Ao. de 2 de Outubro de 1894, que para cessarem as incapacidades produzidas pela fallencia deve o concordatario por abandono reabilitar-se. *Revista Jurid. de S. Paulo*, vol. 6, pag. 216.

¹ O Tribunal de Appellação da Bahia, em decisão de agravo, de 30 de Agosto de 1898 (na *Revista dos Tribunaes*, da Bahia, vol. 14, pag. 189, e na *Revista de Jurisp.*, do Rio, vol. 5, pag. 270), julgou que: o cumprimento da concordata importava quitação ao fallido e consequente reabilitação, e, independentemente da qualificação da quebra, podia este reabilitar-se.

Eis o extracto dos mais importantes considerandos dessa decisão:

a) O cumprimento da concordata importa quitação ao fallido e consequente reabilitação, cessando desta forma todas as incapacidades e interdições produzidas pela declaração da fallencia (art. 90 do Decr. 917), salvo se for este condemnado, o que só se pode verificar se o processo tiver attingido seus termos finaes antes de vencido o prazo estipulado, ou se, vencido elle, não tiver o devedor satisfeito os termos do accordo, porque neste caso continua a fallencia a produzir todos os effeitos como se depreheende da combinação do art. 44 § 1 com o art. 47 do cit. Decr. n. 917.

b) Consoante estes princípios, admittin o mesmo Decr. no art. 86 que po-desse requerer a reabilitação o devedor, cuja fallencia fosse qualificada casual, ou que tivesse sido absolvido de acousação por fallencia culposa, fraudulenta, ou por acto a ellas equiparado, e nesta ultima hypothese comprehende-se o cumprimento da concordata dentro do tempo accordado, que o liberta de todos os effeitos civis, commerciaes e criminaes da fallencia.

c) A concordata homologada não podendo ser rescindida senão por má fé do devedor ou por deterioração da massa (art. 48), é intuitivo que a homologação importa reconhecimento de que o devedor foi victima de acoidentes imprevistos e tem em seu favor a presumpção de boa fé, que exclue o procedimento criminal tendente a perseguil-o como culpado de dolo ou de fraude.

A decisão do Tribunal Bahiano não nos parece muito sã perante os termos do Decr. n. 917. O voto vencido de um de seus membros exprime melhor a doutrina deste Decr.

O art. 47 do Decr. n. 917, no art. 47, dispõe que a concordata cumprida importa quitação e consequente reabilitação, se no juizo criminal não for o fallido condemnado. A reabilitação está, portanto, dependente da qualificação da quebra.

O art. 86 é, por sua vez, bastante claro: só o devedor, cuja fallencia tiver sido qualificada casual ou absolvido de acousação por fallencia culposa, fraudulenta ou por acto a ellas equiparado, pode requerer a reabilitação, e para conseguil-a deve provar:

a) que cumpriu a concordata; b) e que obteve dos credores a quitação plena.



solidaria que se desonerarem em virtude da concordata formada por um dos sócios (n. 870); o fallido que consegue o perdão da divida.

876. Essas duas ordens de requisitos devem concorrer simultaneamente. Um delles por si só não auctorisa a rehabilitação.

Pretender que nas expressões acto a ellas equiparado se incluye a concordata cumprida, é, como diz o voto venoido naquella decisão, dar á interpretação da lei uma attitude repellida pelo bom senso, pela hermeneutica e pela propria lei.

O Decr. n. 917 refere-se á absolvição de acousação por acto equiparado á fallencia culposa e fraudulenta. Não ha maior disparate do que comprehender ahi a concordata cumprida.

Outro engano do Tribunal Bahiano é pensar que, não cumprida a concordata, se restaura a fallencia, continuando ella a produzir os seus effeitos. Em sentido contrario nos manifestámos nos ns. 573 e 574.

O Decr. n. 917, art. 88 § 1.

— Embora se tenha julgado casual a fallencia, o fallido somente poderá rehabilitar-se obtendo quitação plena dos credores ou mostrando que cumpriu a concordata. Acs. do Trib. de Just. de S. Paulo de 9 de Agosto e 17 de Novembro de 1897, na Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 17, pag. 46.

— Interessante a sentença do juiz do commercio da Capital da Bahia na fallencia de Oliveira Cardoso & O, que se lê na *Revista dos Tribunaes*, vol. 13 nae 295. Os fallidos obtiveram concordata e, antes de terminado o prazo concedido, pagaram a todos os credores, sendo julgada por sentença o cum primento do accordo. O curador fiscal, como ordinariamente succede, não se deu pressa e até se esqueceu de promover o processo criminal.

Os falhdos requereram a rehabilitação e eis os principaes considerandos e o dispositivo daquella sentença:

“Considerando que na epocha em que foi dirigida a este juizo a petição de fls. 375 pela qual o fallido José Lopes Cardoso, apresentando as quitações de todos os seus credores, requereu a sua rehabilitação, elle não estava condenado por fallencia culposa ou fraudulenta e nem sequer estava iniciado o processo criminal da classificação de sua fallencia;

Considerando que a sorte do fallido que desinteressa os credores, cumprindo as obrigações avençadas na concordata e pondo-se quite com elles, não pode ficar indefinitamente entregue ao arbitrio das auctoridades, a quem a lei confere a iniciativa da acção penal e que não tiveram a devida actividade em pol-a em movimento, e pelo que determinou o cit. Decr. no art. 77, que o processo criminal contra o fallido correrá em auto apartado, distincto e independente, conforme em luminoso parecer que tenho presente se manifestou o eminente jurisconsulto brasileiro RUY BARBOSA ;

Considerando que, se fosse permitido ao 1.º Dr. Promotor Publico, curador das massas fallidas, e a quem o Decr. n. 917, no art. 68 § 1, incumbiu de promover o processo criminal da fallencia de José Lopes Cardoso, iniciar esse processo, depois de cumprida a concordata, e como elle se externou em suas promoções de fls. 475 e 501, destruídos estariam indubitavelmente os preceitos dos arts. 44 § 1 e 47 do Decr. n. 917;

Julgo o mesmo fallido J. L. C. rehabilitado em face do preceito do art. 47 do Decr. n. 917....”

Eis uma decisão que a força das circumstancias justifica. Não é possível deixar o fallido sujeito á suspensão eterna de seus direitos por culpa dos órgãos do ministerio publico, que não tendo mais commissões a fariscar pouco se lembram de cumprir deveres. E' um lastima o que em' geral se observa no foro a esse respeito.

Coexistindo os dois, o fallido adquire um direito incontrastavel á habilitação, e o juiz não poderá negal-a sob qualquer pretexto. O fallido será declarado rehabilitado, diz a lei.¹

877. Não têm direito á rehabilitação os que forem condemnados em virtude de fallencia culposa ou fraudulenta ou de actos a ellas equiparados.

Entretanto:

a) O cumprimento da pena por effeito da *fallencia culposa* ou de acto a ella equiparado não impedirá a rehabilitação, se o fallido se mostrar digno de obtel-a.²

Está subentendido que isso não dispensa a quitação plena dos credores, condição aine qua non é impossível a rehabilitação.

b) O fallido condemnado por fallencia fraudulenta ou acto á ella equiparado, só depois de cinco annos do cumprimento da pena poderá requerer e obter a rehabilitação, se provar ter pago *effectivamente* principal e juros a todos os credores.

Não basta aqui a quitação plena, é preciso o *effectivo pagamento* da divida e seus juros.

Nestes casos, a *rehabilitação* não é reconhecimento judicial de um direito devido ao fallido; fica ao prudente arbitrio do juiz concedel-a. O juiz deve guiar-se com elevado criterio e consciencia nesta, muitas vezes difficil decisão.

878. O processo da rehabilitação é simplissimo.

Ao juiz da fallencia o devedor requererá a rehabilitação, provando que se acha nas condições legaes de obtel-a e junctando também folha corrida.¹

¹ Decr. n. 917, art. 86 § 2. Identica disposição no art. 894 do Cod. Com.

² Decr. n. 917, art. 86 § 3.

O requerimento será publicado por edital durante trinta dias, e pela imprensa, onde a houver.² Qualquer credor ou prejudicado poderá, dentro desse prazo, oppôrse por petição á reabilitação solicitada.³

Ouvido o curador fiscal,⁴ o juiz proferirá a sentença concedendo ou denegando a reabilitação.

Da sentença denegatoria tem o fallido o recurso de appellação no effeito devolutivo;⁵ e em qualquer tempo, lhe é facultado impetrar de novo a reabilitação, visto que aquella sentença não faz caso julgado.⁶

A sentença que concede a reabilitação deve ser publicada pela mesma forma pela qual o houver sido a da declaração da fallencia e communicada ás mesmas instituições (ns. 171 e 172), providenciando outrosim no sentido de ser feita *ex-officio* a devida averbação no registro das firmas.⁷

Desta sentença não ha recurso.

879. O fallido morto pode ser reabilitado. A sua viuva e herdeiros representa-lo-ão para todos os effeitos commerciaes da fallencia.⁸ Nesse caso, a reabilitação tem um effeito simplesmente moral, e seria suprema injustiça negar áquellas pessoas o direito de reabilitarem a memoria do fallido.

¹ Decr. n. 917, art. 88 § 1.

² Decr. n. 917, art. 86 pr.

³ Decr. n. 917, art. 87 pr.

⁴ Decr. n. 917, art. 87 § unico.

⁵ Decr n 917, art. 87 pr. O curador deve falar depois de exgotado o prazo de trinta dias, pois terá de apreciar as opposições que por ventura houverem.

⁶ Cod. Com. no art. 896 vedava qualquer recurso da sentença que concedesse ou denegasse a reabilitação.

⁷ Decr n. 917, art. 88 § 2. O Cod. Com. no art. 896 nao dava recurso dessa sentença; somente permittia ao fallido tornar a requerer a reabilitação seis mezes depois da sentença denegatoria.

⁸ Decr. n. 917, art. 10 § 2°.

“Une telle tentative, dizia RENOUARD, na Camara Franceza, suppose la probité la plus courageuse et mérite la reconnaissance publique.”¹

880. Ao negociante rehabilitado expede-se carta de reabilitação, a qual no districto federal paga o sello de estampilha de 4\$400,² e nos Estados o que determinarem os respectivos regulamentos do imposto do sello.

¹ *Traité des Faillites*, vol. 2, pag. 521.

² Regul. do Sello Federal, no Decr; n. 2573 de 3 de Agosto de 1897, tabella B, 2.º classe, § 6 n. 3.

PARTE SEGUNDA

DOS MEIOS PREVENTIVOS DA DECLARAÇÃO DE FALLENCIA

Introdução

Considerações Geraes

Summario. — 881. Justificação do methodo adoptado neste livro. — 882. O problema dos meios tendentes a evitar a declaração de fallencia. — 883. Os systemas legislativos a esse respeito. — 884. Dificuldade da solução. — 885. Systema do Decr. n. 917. — 886. O silencio do Cod. Com. Projecto NABUCO. — 887. Os meios preventivos obstem á declaração mas não evitam o estado de fallencia. — 888. Esses meios são concedidos aos devedores infelizes e de boa fé. — 889. Quem pode usar desses meios. — 890. O commerciante para poder prevenir a declaração de fallencia deve ter a firma registrada. — 891. Pessoas que não podem prevenir a declaração de fallencia. — 892. Juiz competente. — 893. Lacuna do Decr. n. 917 não tornando obrigatória a intervenção do ministério publico nos meios preventivos da declaração de fallencia.

881. Ao começar o estudo do thema annunciado na inscripção da Parte Segunda deste livro, diremos duas palavras em defesa do methodo que adoptámos.

Pode parecer incongruente, illogico mesmo, que, depois de tractar da fallencia, venhamos estudar os meios de prevenir e obstar á sua declaração.

Dois motivos, entretanto, aconselharam-nos esse expediente:

1.º Se na vida activa os meios preventivos precedem á fallencia, historicamente são institutos juridicos que d'ella emanaram.

2.º Para bem se comprehender a excellencia e vantagem desses meios, é preciso antes conhecer o instituto da fallencia em seus detalhes, observando o bom e o máu que contêm em seu mechanismo. Só então poder-se-á ver o que a lei e a equidade procuraram remediar.¹

882. O instituto da fallencia, em seu alvorecer, apresenta-se com um character repressivo. O seu proposito é punir o devedor que enganou, que illudiu a confiança. A defesa dos interesses dos credores, a ideia de uma proveitosa liquidação são secundarias. Teme-se a fallencia, do mesmo modo que se foge ao crime. A nota de *infamia* fere em cheio o devedor; não ha boa fé que o salve; *fallitus ergo fraudator*, dizia-se ainda na idade media; já não é um cidadão, é um morto, *videatur mortuus*.

Desenvolve-se o trafico mercantil; estreitam-se as relações privadas internacionaes, e ve-se que no commercio se levantam tempestades como no oceano. O naufragio nem sempre se deve á culpa ou impericia do capitão.

¹ O Decr n. 917 depois de estabelecer as normas reguladoras da fallencia (arts. 1 a 106), occupa se das relativas aos meios de prevenir e obstar á sua declaração (arts. 107 a 138).

O Projecto do Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de S. Paulo (ao qual já nos referimos em a nota 3 da pag. 18 do 1.º vol.) seguiu outro plano. No capitulo Das fallencias reservou a secção I para regular os meios de prevenir e obstar a declaração de fallencia (arts. 533 a 556); na secção H dispoz sobre o processo de fallencia (arts. 556 a 615).

Desponta, então, no dominio da investigação juridica e da sciencia das legislações, o problema da descoberta de meios que, moderando os rigores para com os devedores desventurados, não sacrifiquem os direitos e interesses dos credores e de terceiros.

O instituto da fallencia, exclusivo aos commerciantes, transige é verdade, com os devedores infelizes e de boa fé. Mas, as incapacidades que os golpeiam, os incommodos as delongas dos processos, a atmosphera como que humilhante que cerca a fallencia, tudo isso conspirou para a appareção na scena juridica de novos institutos destinados a offerecer áquelles devedores outros meios de regularem os seus negocios com os credores, sob a protecção da justiça.

E' ainda a jurisprudencia immortal que lembra que amparo sempre lhe mereceram os devedores desgraçados de boa fé. Os principios de humanidade haviam tonificado os rigores da fallencia romana com o estabelecimento de meios parallellos destinados a afastar os seus deprimentes effeitos, revelando a tendencia de infundir na fallencia o character essencialmente patrimonial (n. 3).

O moratorium, concedido conforme nos diz VINNIUS, *humanitatis causâ*,¹ e a *bonorum cessio* permittida, segundo o testemunho de JUSTIANO, como *flebile adjutorium*,² constituíam a bandeira de misericordia dos devedores acossados pelo rigor das leis.

883. Suggestas pelo espirito do Direito Romano e no intuito de solver o problema a que nos referimos, enveredam-se as legislações modernas por diversos systemas.

umas estabelecem no proprio processo da fallencia um periodo preliminar para, dentro d'elle, o devedor mostrar a sua boa fé e escapar aos effeitos consequentes da fallencia. Outras collocam ao lado da

¹ Instit. Liv. IV, Tit. VIII, n. 10.

² L. 7, Cod. 7, 71.

fallencia outros institutos independentes destinados a prevenir e obstar a sua declaração e efeitos.

Entre as primeiras figura a Inglaterra onde, com o seu systema original de fallencia, se offerece um meio especial de conjural-a. O tribunal que conhece do *act of bankruptcy* não pronuncia desde logo a fallencia. Inicia um processo preliminar com a *receiving order*, isto é, ordem de sequestro. Durante esta phase procedem-se a todas as investigações, verificam-se os creditos, convocam-se os credores em assemblea (*meeting*). Elles se manifestam então sobre a admissão da concordata (*composition or scheme of arrangement*), a qual é definitivamente aceita ou negada no segundo *meeting*. Feito o accordo, a fallencia (*bankruptcy*) não é declarada: fica frustrada. Se os credores nada resolvem no primeiro *meeting*, ou se é' regeitada a proposta de concordata, o devedor é declarado fallido, *the Court adjudge bankrupt; and thereupon the property of the bankrupt shall become, divisible among his creditors, and shall vest in a trustee, diz o Bankruptcy Act., 1883, s. 20.*¹

O Codigo Hespanhol de 1885, art. 872 e segs., estabelece systema analogo com a denominação de *suspension de pagos*, durante a qual pode o devedor submeter ao voto deliberativo dos credores um projecto de concordata (convenio), evitando a fallencia.²

Entre as segundas notam-se:

¹ Normas destinadas a facilitar accordo, entre commerciantes insolventes e seus credores sem incorrer aquelle no *odium of bankruptcy*, foram introduzidas na legislação ingleza desde 1849. Vide o historico das reformas das leis inglezas a esse respeito em ROBSON'S *Treatise on the Law of Bankruptcy*, pages. 741 a 744.

² Diz a Exposição de Motivos do Cod. Com. Hespanhol de 1885: "Con la suspension se ha reconocido de una manera clara y terminante un estado preliminar ai de quiebra que corresponde à la situation en que se encuentra el comerciante que, sin gozar de toda la plenitud de sus creditos, tampoco se halla en la triste situation de césar por completo en el pago de sus obligacones corrientes.

Processo identico já havia sido estabelecido na Hespanha para os não commerciantes desde 1880 (*Ley de Enjuiciamiento Civil*).

A Lei Belga de 29 de Junho de 1887, confirmatoria da de 29 de Junho de 1883, estabelecendo a *concordata preventiva* para os devedores infelizes e de boa fé, com o fim de evitar a declaração de fallencia.¹

A Lei do Grão-Ducado de Luxemburgo, de 14 de Abril de 1886, que se inspirou na Lei Belga de 1883.²

A Lei de Génève, de 2 de Dezembro de 1880. em substituição a de 7 de Julho de 1877 e cuja economia geral reproduz, permitindo os *sursis concordataires*. Esta medida bem se pode comprehender com a transcrição do art 1.º “Tout négociant, empêché de satisfaire à ses engagements, peut pour éviter la déclaration de faillite, demander au tribunal de com mercê un sursis aux fins de proposer à ses créanciers un concordait.”³

A Lei Federal Suissa, de. 11 de Abril de 1889, *sur la poursuite pour deites et la faillite*, absorvendo aquella lei genoveza, adoptou a concordata preventiva, da qual podem gosar tanto os commerciantes como os devedores civis desde que estejam inscriptos no registro e sujeitos ao regimen da fallencia. Esta lei federal concede ao devedor uma dilação ou prazo de dois mezes, prorogaveis por outros dois, para que consiga a concordata e se liberte dos effeitos da fallencia.⁴

¹ A primeira Lei Belga a esse respeito foi publicoada em 20 de Junho de 1883 com o caracter de provisoria e a titulo de experiencia: Em unidos artigos dizia expressamente que os seus effeitos cessariam em 1º Janeiro de 1886. Essa lei de 1883 foi commentada por NAMUR, Le Code Com.vol. 3, ns. 2202 a 2346 e LYON-CAEN della nos dá urna noticia e rapido commentario no *Annuaire de Législ. Etrang.*, 1884, pag. 510.

Pela Lei de 23 de Dezembro de 1885 foi prorogada a Lei de 1883 por mais um anno (*Annuaire de Législ. Etrang.*, 1886, pag. 380).

Finalmente, a Lei de 29 de Junho de 1887 tornou definitiva a Lei da 1883, trazendo, porém, certas modificações e addições reclamadas por muitos tribonaes de commercio. Encontra-se essa Lei de 1887 no *Annuaire. de Législ. Etrang.*, 1888, pag. 563.

² *Annuaire de Législ. Etrang.*, 1887, pag. 519.

³ *Annuaire de Législ. Etrang.*, 1881, pag. 469.

⁴ Lei Suissa, arts. 293 a 317.

A Lei Franceza, de 4 de Março de 1889, introduziu as liquidations judiciaires, beneficio exclusivamente concedido como attenuante aos rigores da fallencia.

884. Por mais que se pretenda suavisar a condição do devedor infeliz e de boa fé, não se pode comprehender o estabelecimento dos meios preventivos da declaração de fallencia sem a simplicidade e rapidez das formas, sem a garantia do direito dos interessados e sem uma profícua e pouco dispendiosa assistencia judicial. E' essa a dificuldade do problema, o que nos leva a affirmar que a utilidade e conveniencia desses meios preventivos não estão bem firmadas. No dizer de JITTA, a duvida resume-se por um dilemma: ou os meios preventivos fundamentam-se no consentimento dos credores, cujos credits devam ser verificados, então os meios preventivos exigem um processo tão difficil quanto aquelles que tractam de prevenir; ou admite-se a deliberar todos os enfares que se apresentem, na fé de sua physionomia honrada, e então os meios preventivos não oferecem sufficiente garantia.¹

E' muito seria essa observação do illustre professor hollandez, mas, não obstante, a idéa de proteger o devedor infeliz e de boa fé, e a preocupação de evitar arranjos clandestinos entre o devedor e credores expertos em prejuízo dos menos vigilantes, nas vespas da fallencia, quando se fazem conhecidos os phenomenos annunciadores da ruina económica, têm tudo vencido e vão caminho triuraphante.

A solução do problema é difficillima, tanto mais quanto a pratica nos mostra que o credor em geral pouco se importa com a boa fé do devedor; fallencia, moratoria, concordata, são negocios maus e o que urge é tirar o maior proveito seja com transacções suspeitas, seja com vantagens particulares impostas pela ameaça. Os credores só se resignam quando a egualdade lhes é imposta pelo inflexivel rigor da lei, quando é impossivel tentar com o devedor qualquer arranjo.

¹ *La Codification du Droit Internacional de la Faillite*, pag. 124.

885. O Decr. n. 917 deu-se ao luxo de estabelecer três meios de prevenir e obstar a declaração da fallencia:

- 1.º A moratoria.
- 2.º A concordata preventiva.
- 3.º A cessão de bens e liquidação judicial.

Mais infeliz não podia ser esse Decr.

Quando tractamos de cada um desses institutos em particular, veremos que:

a) A *moratoria*, instituto carunchoso, é actualmente insustentavel era seu conceito classico e inutil, e pernicioso mesmo vestido das roupagens com que se o tem procurado adornar.

b) A *concordata preventiva*, bella instituição, necessitando, porém, ainda de muito estudo para o seu aperfeiçoamento e dê uma sabia regulamentação para dar bons resultados, é obra de fancaria em nossa legislação.

Longe de produzir os desejados e esperados effeitos auxiliando o commerciante honrado e garantindo o direito dos credores, é uma porta á fraude e facilita o enriquecimento do devedor tractante á custa do credor honesto.

c) A *cessão de bens* do Decr. n. 917, com a vontade do juiz collocada acima da vontade muitas vezes unanime dos credores, é uma construcção injustificavel perante o direito, perante a logica, perante a moral.

Bastaria a *concordata preventiva* bem regulamentada para amparar os interesses em acção.

Em todo o caso a experiencia tem-nos dado severas liecções nesse assumpto, e para uma reforma da legislação de fallencias levaremos sabios ensinamentos afim de banir a fraude que impunemente affronta o commercio licito e honesto.

886. A Parte Terceira do Codigo Commercial, a qual foi substuida pelo Decr. n. 917, não cogitava de meios de obstar a declaração de fallencia, comquanto admittisse e regulasse detalhadamente o instituto da moratoria (arts. 898 a 906), independente do da fallencia.

O CONS.º NABUCO, em seu projecto de reforma das fallencias, aprsentado á Camara dos Deputados em sessão de 1.º de Junho de 1866, outorgava ao devedor a faculdade de, *antes de ser declarado fallido*, propor a seus credores a *concordata por abandono*, libertando-se desarte dos effeitos da fallencia.¹ O saudoso jurisconsulto inspirava-se na cessão de bens do direito civil, mas como não podia applicar esta era sua pureza aos fins que tinha em vista, porquanto precisava libertar o devedor de toda a responsabilidade para com os credores, aproveitou a concordata por abandono do direito francez.

887. Os três institutos regulados pelo Decr. n. 917 tem como alvo prevenir e obstar a *declaração de fallencia*, suspendendo os effeitos desta, mas nunca evitar o estado de fallencia do devedor.

Como dissemosno n. 39, a fallencia provêm da *impossibilidade* pagar. E' o mesmo phenomeno que dá occasião áquelles instituto os quaes presuppõem o estado de fallencia.

Portanto, não nos illudamos. Os meios preventivos da declaração de fallencia são antes expedientes attenuantes dos rigores da fallencia,

¹ Vide o art. 2 do Projecto NABUCO, em s nota 1 á pag. 316 do 1.º vol.

verdadeiros anteparos postos á disposição do devedor para poupal-o aos effeitos da fallencia; são, em summa, a propria fallencia rebuçada, pois todos elles estabelecem o concurso dos credores sobre o patrimonio do devedor commum, mantendo sempre entre elles a egualdade proporcional.

A fallencia é uma *execução* extraordinaria; os remedios preventivos de sua declaração são os meios conciliatorios.

888. Esses meios *preventivos da declaração de fallencia* são sua fallencia do mesmo modo e nas mesmas condições do commerciante sob firma individual.

Assim tambem: emquanto não prescreve o direito de requerer a fallencia, o devedor gosa a faculdade de conjural-a.

b) Pela viuva ou herdeiros do devedor.¹

Como se ve, esses meios preventivos da declaração de fallencia somente podem ser requeridos ou promovidos pelo proprio devedor ou seus representantes *mortis causa*. Tracta-se de favores conferidos em consideração á pessoa do devedor, era attenção ao interesse que inspiram a sua situação infeliz e a sua honestidade (n. 888). Nisso differem consideravelmente da fallencia, que pode ser aberta a requerimento das pessoas indicadas no n. 106.

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, em accordam de 15 de Outubro de 1895, julgou que o socio commanditario tem a faculdade de prevenir ou obstar a declaração da fallencia da sociedade porque lhe é permittido requerer a fallencia, e oppor-se a ella quando requerida por outro socio.² A doutrina desse accordam é manifestamente contraria á letra e ao espirito do Decr. n. 917.

¹ Decr. n. 917, art. 12.

² Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 11, pag. 102. Esse accordam de 15 de Outubro de 1895 resolveu um caso particular de cessão de bens.

O commerciante, sua viuva ou herdeiros são os unicos que podem prevenir a declaração de fallencia. Os arts. 12, 107 e 120 do Decr. n. 917, empregando as palavras commerciante, devedor, não deixam margem á duvida.

Como poderá dispor dos livros da casa commercial para apresenta-los em juizo, como organizará o balanço, a lista nominativa de credores, documentos essenciaes para instruir o requerimento inicial, o socio commanditario, que não tem a gestão social? Como justificará a necessidade da medida que invoca?

A razão allegada no accordam prova de mais. O *credor* pode requerer a fallencia do devedor, mas quem sustentará que, por essa razão, lhe é permittido requerer a moratoria, a concordata preventiva ou a cessão de bens do seu devedor?

890. O commerciante, para poder gosar a faculdade de prevenir e obstar a declaração da sua fallencia por qualquer dos meios legaes, deve ter a firma ou razão commercial inscripta no respectivo registro.¹

O registro da firma é formalidade substancial que não pode ser supprida pela matricula do commerciante.²

Ao apresentar-se em juizo deve o commerciante provar documentalmente que tem a sua firma devidamente registrada.

¹ Decr. n. 917, arts. 12 § unico, 107, 120 e 131. Sobre o registro de firmas commerciaes vide o que dissemos em as notas 1 e 2 da pag. 51 do 1.º vol.

² Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 13 de Agosto de 1895, em um caso de cessão de bem. Revista Mensal, vol. 1, pag. 229.

— O Trib. de Appellação da Bahia, em Ac. não unanime, de 16 de Agosto de 1898, decidiu contra a lei expressa que bastava a matricula para o negociante gosar o direito de requerer a cessão de bens. A leitura do accordam, que se encontra na Revista dos Tribunues da Bahia, vol. 14, pag. 101, e na Revista de Jurisp., vol. 4, pag. 306, mostranos a deploravel confusão que aquelle respeitavel tribunal faz entre registro de firma e matricula. Se o Decr. n. 916 de 1890 fosse lido com attenção, ter-se-iam evitado decisões taes que tiram a força moral aos tribunaes.

891. Não podem prevenir a declaração de fallencia requerendo qualquer das medidas legais: os corretores, agentes de leilões, trapicheiros e commissarios de transportes.¹

Aquelles meios preventivos são favores ao devedor infeliz e de boa fé. Os corretores, quando fallidos, incorrem nas penas da fallencia fraudulenta (n. 1026), e os trapicheiros e comraissarios de transportes, como depositários, incorrem nas mesmas penas.²

Alem desta prohibição expressa, o Decr. n. 917, exigindo o registro da firma como condição imprescindivel para o goso dos meios de prevenir a declaração de fallencia, implicitamente excluiu desse favor:

a) aquelles a quem é proibido o exercicio do commercio (n. 56);

b) as sociedades irregulares ou de facto (ns. 53 e 125).

892. O juiz commercial competente para intervir nos meios preventivos da declaração de fallencia é aquelle que tem jurisdição na sede do principal estabelecimento do devedor.³ E' o mesmo juiz competente para declarar a fallencia; pelo que são aqui applicaveis as considerações constantes do n. 100.

893. Indisculpavel lacuna do Decr. n. 917 é não haver tornado obrigatoria, no processo dos meios preventivos da declaração de fallencia, a intervenção do ministerio publico, quando creára o officio publico de *curador fiscal das massas fallidos*. Tendo de ser averiguadas a boa fé, a lizura, a probidade do commerciante, justo seria que para essa

¹ Decr. n. 917, art. 139.

² Decr. n. 917, art. 79, e, n. IV.

³ Decr. n. 917, arts. 107, 120 e 131.

pesquisa tambem concorresse o ministerio publico, que é o fiscal da execução das leis.¹

Apezar do silencio do Decr. n. 917, alguns juizes ouvem o curador fiscal, especialmente quando ha opposição á medida solicitada pelo devedor.

Assim é que *n'O Direito*, vol. 64, pags. 356 a 360, encontramos um caso de rescisão de *concordata preventiva*, no foro da Capital Federal, em que officiou o *curador fiscal*. No foro da Capital da Bahia, num processo de reclamação sobre *accordo extrajudicial* é tambem ouvido este *curador*, segundo nos informa a *Revista dos Tribunaes*, vol 12, pag. 265. Na Capital de Pernambuco já vimos observada essa praxe na concordata preventiva.²

¹ A Lei Belga de 1887 (art. 5) manda intervir na concordata preventiva da fallencia o organo do Ministerio Publico. A proposito desta intervenção diz LYON-CAEN na analyse. daquela lei: "Esta disposição tem por fim garantir o exercicio da acção publica nos delictos que por ventura haja o devedor commettido. Proporciona tambem ao Tribunal um meio de melhor sei esclarecer sobre a boa fé do devedor e frustrar os ardis que fossem concertados entre os credores e o devedor para occultar o procedimento deste ultimo." (*Annuaire de Legisl. Etrang.*, 1888, pag. 565).

² Assim procedeu o juiz do commercio do Recife, DR. ALTINO DE ARAUJO na concordata preventiva requerida por Theobaldo Saldanha, da qual nos dá noticia um folheto que, sob o titulo Concordata Preventiva, publicou aquelle magistrado em 1897, reproduzindo os artigos que escreveu no Diario de Pernambuco de 17 a 27 de Janeiro desse anno.

Capitulo I

Da Moratória

SECÇÃO I

Synthese historica do instituto da moratoria. Seu conceito

Summario. — 894. O instituto da moratoria no Direito Romano, nas antigas leis italiana, franceza, portugueza, hollandeza, prussiana e austríaca, e nas legislações do presente seculo. — 895. Origem do vocabulo moratoria. — 896. A moratoria em nosso antigo direito. — 897. No regimen do Decr. n. 917. — 898. A moratoria destroe a lei contraotual, viola o direito de propriedade, não produz resultado pratico, e é um instituto inutil. — 899. A defesa da moratoria.

894. Não iremos ás Doze Taboas, nem mesmo ao antigo Direito Romano, surprehender a moratoria.¹ Basta lembrar que. CONSTANTINO se arrogara a faculdade de conceder literas, indutice quinquennales ou respirationes aos devedores infelizes de boa fé, afim de evitarem a perseguição dos credores.² Mais tarde GRACIANO, VALENTINIANO e THEODOSIO prestaram maior atenção ao direito dos credores e impuseram como condições, para a obtenção desse favor, a

¹ Para esses detalhes vide ÀSCOLI, *La Moratoria ed il Goncordato Preventivo* ns. 1 a 19; VAINBEBG, *La Faillite d'après le Droit Rom.*, pag. 148 e segs.

² L. 2, Cod. 1, 19.

prova de ser momentânea a impossibilidade de pagar, e a prestação de fiança idônea.¹ Finalmente JUSTINIANO deu aos credores a liberdade de, pelo voto da maioria, concederem a moratoria por prazo não superior a cinco annos.²

Do Direito Romano passou a moratoria para as leis de alguns estados italianos, que floresceram na idade media e onde teve berço o Direito Commercial, applicada com o fim de subtrahir o devedor ás penas severas e infamantes da fallencia.

Na França, sob o nome de *lettres de répit, defenses générales*, concedida indistinctamente pelos Soberanos e pelos Tribunaes, tem uma historia própria e cheia de interessantes incidentes. Chegou ao extremo de apresentar o espectáculo “do insolvel audaz insultar a miseria dos credores com a impunidade e o luxo.” A Ordenança de 1669 trouxe profundas modificações ao que então havia, mas os abusos não puderam ser corrigidos. O Cod. Com. de 1807 achou prudente cortar o mal pela raiz repellindo esse instituto.³

Não foi tambem desconhecida a moratoria nas antigas leis da Hespanha, de Portugal,⁴ da Hollanda, da Prussia e da Austria, e neste século appareceu em diversas legislações, existindo actualmente na

¹ L.4, Cod. 1, 19.

² L. 8, Cod. 7, 71.

³ Vide pormenores em RENOUARD, *Traité des Faillites*, vol. 1, pag. 54 e segs.

⁴ Ainda as Ordenações Philippinas, Liv. 3, tits. 37 e 38, permittiam a El-Rei dar espaço aos devedores que dessem fiança a pagar as dividas. Os Reis de Portugal sempre usaram da faculdade de conceder Inducias. São notareis o Decreto de 30 de Abril de 1774, que concedeu moratoria por quatro annos á Casa de Catalan, e a Carta Eegia de 1.º de Junho de 1630 dando moratoria geral aos negociantes pela tomada de Pernambuco.

Hollanda,¹ na Bélgica,² na Itália,³ na Kouniania,⁴ em Luxemburgo,⁵ e em Portugal,⁶ e nas Republicas Argentina⁷ e do Uruguay.⁸

895. O vocabulo moratoria procede do latim *moratorium*, que commentadores tiraram da expressão que so encontra na L 2, Cod. 1, 19 "*moratoria prascriptio*", significando excepção dilatoria in genere.⁹

896. Em nosso antigo direito a espera, respiro, prazo ou espaço que o devedor obtinha da mairia dos dredores em numero e quantidade de divida, chamavam-se *Inducias Creditorias* para distingui-las

¹ No Cod. Com. de 1838. arts. 900 a 923, foi ella admittida, e ainda na recente Lei de 30 de Setembro de 1893, que revogou esse Codigo (vide nota 6, pag. 28 do 1.º vol).

Na conformidade desta Lei de 1893, a moratoria:

1.º não é mais um favor, porém uma convenção amigavel entre os credores e devedor, e é concedida pela maioria destes, devendo o juiz homologar a decisão;

2.º é também applicavel aos não commerciantes.

Vide analyse de A. MULDER no Annuaire de Législ. Etrang., 1894, pag. 400.

² Lei de 18 de Abril de 1851 incorporada ao Cod. Com., arts. 593 a 614.

³ Cod. Com. arts. 819 a 829.

⁴ Lei das Fallencias de 20 de Junho de 1895, arts, 834 a 844. Estas disposições da lei roumaica são quasi as mesmas do Cod. Com. Italiano, arts. r 819 a 829.

⁵ Lei de 2 de Julho de 1870, arts. 593 e segs.

⁶ Cod. Com., arts. 730: "Antes da declaração da quebra, ou depois, e em qualquer estado della, podem conceder moratoria ou fazer outra qualquer concordata...."

A moratoria no Cod. Portuguez é, como se ve da disposição transcripta, muito differente da nossa. Escreve o D. FerNANDES, da Concordata Judicial n. 6: "...na moratoria disciplinada no codigo actual, nem é meramente consultivo o voto dos credores, nem se presuppõe uma entidade patrimonial activa, nem é dependente do arbitrio do tribnnal a sua concessão, nem para a sua homologação se exigem provas tão minuciosas e severas. A moratoria actual não é mais que uma forma de concordata identica áquella a que os francezes chamam *concordat d'atermoiment* e os allemães *Stundungsvertrag*."

⁷ Cod. Com., arts. 1584 a 1604.

⁸ Cod. Com., arts. 1748 a 1768.

⁹ MAYNZ. Droit Romam, vol. 2, § 301, nota 7; WINDSCHEID, Pandek, vol. 2, § 275, nota 5.

VIDARI faz derivar a palavra moratoria de mora, sem o sentido estritamente jurídico desta. Elle mesmo (Corso, vol. 8, n. 8536) mostra-nos que os effeitos da moratória são precisamente oppostos aos da mora. A mora cria para o devedor graves responsabilidades, a moratória, ao contrario, defende-o dellas; aquella faculta aos credores o ingresso judicial, esta prende a mã dos credores até que haja decorrido infructuosamente o prazo concedido; a primeira é um meio de acção, a segunda de inacção.

daquellas que eram concedidas por immediata graça do Soberano,¹ e que eram propeiramente chamadas *moratoria*.

Comquaoto fossem reguladas polo Codigo Commercial as *moratorias*, tivemos exemplo, na Monarchia, de uma moratoria por sessenta dias concedida pelo Governo Imperial aos commerciantes das pragas da Corte e da provincia do Rio de Janeiro, pelo Decr. n. 3308 de 17 de Setembro de 1864.²

897. No regimen do Decr. n. 917, a moratorio é dilação pelos credores concedida ao commerciante com firma registrada, em determinadas condições de facto, cujo concurso deve ser verificado pela auctoridade judiciaria, para que elle realise o integral pagamento de suas obrigações.

Essa dilação ou espera não poderá exceder de ura anno que será contado da data da concessão,³ salvo o direito de prorogação era condições especiaes (n. 933).

A moratoria, em nosso direito, depende pois:

¹ VISCONDE DE CAYRU, Princ. De Dir. Mercanril, Tratado 5, Cap. 21; FERREIRA BORGES. Dicc. Jurid., verb. Inducias creditorias.

² Como lembrança historica transcrevemos o preambulo e o art. 1. do Decr. n. 3308 de 17 de Setembro de 1864:

"Attendendo á summa gravidade da crise commercial que domina actualmente a Praça do Rio de Janeiro, perturba as transacções, paralysa todas as industrias do paia e pode abalar profundamente a ordem publica e a necessidade ha que de prover de medidas promptas e efficazes, que não se encontram na legislação em vigor, os perniciosos resultados que se temem de tão funesta occorrença: hei por bem, conformando-me com o parecer unanime do Conselho de Estado, decretar.

Art. 1.º Ficão suspensos e prorogados por sessenta dias, contados do dia 9 do corrente mez, os vencimentos das letras, notas promissórias e quaesquer outros titulos commerciaes e pagaveis na Corte e provincia do Rio de Janeiro; e também suspensos e prorogados pelo mesmo tempo os protestos, recursos em garantias e prescripções dos referidos titulos."

³ O Cod. Com. art. 901 marcava o prazo maximo de 3 annos. No Direito Romano era de 5 annos; d'ahi dizer-se *indutice quinquennalles*, ou simplesmente quinquennalles. Marcam um anno os Cods. Coms. Belga, art. 600; o Cod. Port., art. 73 § 1; a Lei Argentina de 1.º de Setembro de 1892. O Cod. Com. Italiano, artj 822 n. 1, e a Lei Roumaica, art. 837, marcam seis mezes.

1.º da existencia de certas condições legaes (ns. 900 e segs.);

2.º do voto ou deliberação dos credores (n. 914).

898. O instituto da *moratoria* tem sido alvo de incessantes ataques.

Se o credor tem o seu titulo exigivel e o devedor possui bens suficientes para o pagamento, é incomprehensivel que a lei auctorisce a paralysação do exercicio de um direito que ella mesmo garantiu: o direito de o credor demandar perante os tribunaes o que lhe é devido.

Não se pode, em bom direito, justificar qualquer modificação nos prazos e effeitos juridicos dos contractos, os quaes têm força de lei entre as partes, sem que essa modificação seja o resultado espontaneo e livre da vontade dos contracfantes. Merecendo a confiança dos credores, o devedor obtem com facilidade a renovação dos titulos ou alcança esperas naturalmente concedidas. Se recorre ao juiz afim de movimentar o apparelho da moratoria legal, é que teme a falta dessa confiança e precisa forçar a vontade livre dos credores exigentes, que reclamam o que é seu.

Quando integralmente sejam pagos os credores durante a dilação concedida, sempre ha prejuízo: *qui serò solvit, minus solvit*. Exagerados são os defensores da moratoria quando affiirmam que o sacrificio do credor é compensado pelo completo e integral pagamento.

Eis o primeiro defeito do nosso instituto: destroe a lei do contracto e viola o direito de propriedade.

Na pratica têm sido desastrosissimas as consequencias das moratorias. Rarissima a que é seguida de bom e feliz êxito. Em vez de configurar a fallencia, simplesmente a retarda, e não passa de uma illusão para o commerrciante de boa fé e um mallogro para os credores que, podendo ter encontrado um activo sufficiente para integral pagamento,

posteriormente vera a recebel-o depauperado, gasto, arruinado, senão fraudado.

Na moratoria, que a lei reservou para os coramerciantes infelizes e de boa fé, é fácil aninhar-se a fraude. A demonstração da solvabilidade é difficilima, e quem conhece o segredo commercial sabe como que pode bem organizar um balanço rico de cifras e pobre de verdade. Não é, pois, sem razão que a maioria das legislações estrangeiras condemna esse instituto, e que escriptores de nota o não applaudem.¹

No Codice Commercial Italiano de 1882, um dos mais reputados, figura a moratoria, porém a comissão a propoz "*senza dissimularsene la gravita, ma confidando che nell attuazione possa riuscire utile in spceie se, com'è avvertito, il potere giudiziario ne userà con stretta parmrionia; sui risultati non è agevole fare previsioni tutto dovendosi misurare da quanto potra insegnare la esperienza.*" Nos estudos de revisão desse Codice, procedidos em 1895, e ainda hoje entregues ao juizo dos competentes, se propoz substituir a moratoria pela concordata preventiva.

A *moratorias* na actualidade, não podia ser comprehendida senão como um accordo entre os credores, que se constituem occasionalmente em massa, e o devedor, em vespas de fallencia.

Que vantagem trazem estas esperas distilladas nas retortas da moribunda *moratoria*, quando com a concordata preventiva se pode chegar aos mesmos resultados sem o *placet* prévio da auctoridade judicial?

¹ SEGOVIA, Expl. y crit. deL Cod. de Com. de la Republica Argentina, vol. 3, nota 5026; VIDARI, Corso, vol. 8. n. 8643: "Sebbene circondata da molte garanzie, la moratoria non cessa d'aver l'aria di un ingiusto privilegio, di una violenza fatta ai creditori, i quali possono vedere acconsentita la moratoria pur contro il proprio voto, e di essere un facile stromento d'ingannevoli temporeggiamenti nelle mani di debitori scaltri e disonesti." VITALEVI, *La moratoria nel nuovo codice di commercio italiano*.

Que influencia salutar exerce o exame do juiz sobre as condições da procedencia da moratoria, quando votada esta e declarada aberta a fallencia pode o devedor, por meio da concordata na fallencia, desmoralisar a decisão do juiz, obtendo dos credores a concessão de prazo para pagamento total dos seus debitos? (Vide n. 499.)

Diga-se, portanto, mais isso: a moratoria é um instituto inutil.¹

899. E' justo que tenhamos tambem á vista as razões era prol do malsinado instituto.

O professor argentino OBARRIO resume a defesa da moratoria nos seguintes termos:²

A moratoria convem ao devedor, aos credores e á sociedade. Ao primeiro, porque o põe em condições de restabelecer a marcha regular de seus negocios, alterada um momento por accidentes imprevistos ou fortuitos, e evita os transtornos, prejuizos e dissabores da fallencia. Aos segundos, porque alem das demoras e eventualidades da fallencia, em seu resultado final os colloca em situação de poderem obter, dentro de certo tempo mais ou menos breve, o pagamento integral de seus creditos. A' sociedade porque a fallencia de um commercante frequentemente traz a do outros, visto o encadeamento das relações mercantis; e traz consequencias muitas vezes perniciosas na ordem dessas relações.

Invoca-se ainda em favor da moratoria a justiça ou equidade ha distincção do tractamento do devedor solvavel do do insolvel.

Todos esses motivos não convencem. Ha um lado Itamente juridico e outro pratico, que não podem ser esquecidos no estudo de

¹ DR. SAMUEL MAC-DOWELL (da Faculdade de Direito do Recife) na dissertação apresentada sobre o titulo "A Moratoria no Decr. n. 917 de 1890" para o concurso de Novembro do 1896 desenvolve a seguinte these: mortoria na economia do Decr. n. 917 de 1890, quando não fosse um instituto inutil, é uma tautologia legislativa."

² Quiebras, n. 392.

qualquer instituto. Quanto ao primeiro, já vimos, a moratoria é insustentavel; relativamente ao segundo é perniciosa, porque pode ser facilmente burlada pela fraude, e inutil porque outros institutos mais simples, mais faceis de manejo a substituem vantajosamente.

A moratoria cria para o devedor uma situação difficil de sustentar; illude-o, pois emquanto o convence que pode manter o credito, é, aos olhos da praça, um attestado vivo dos seus embarços, da sua ruina; é a prova de um estado duvidoso, equivoco, cuja solução vale um enigma e consequentemente faz retrahir-se o credito.

SECÇÃO II

Condições existenciaes da moratoria

Summario. — 900. Condições para a concessão da moratoria. — 901. 1.º) Que o devedor tenha firma registrada. — 902. 2.º) Que não tenha titulo protestado por falta de pagamento. — 903. 3.º) Que se ache impossibilitado de pagar promptamente por accidentes extraordinarios, imprevistos de força maior. — 904. 4.º) Que não esteja insolvel.

900. O Decr. n. 917 estabelece quatro condições essenciaes para a concessão da moratoria, as quaes devem concorrer simultaneamente,

Como cada uma pede particular desenvolvimento, dellas falaremos nos ns. seguintes.

901. *1.º condição.* - Que o devedor tenha a firma inscripta no respectivo registro (n. 890).

902. *2.º condição.* — Que nenhuma obrigação mercantil liquida e certa e em condições de auctorisar a declaração de fallencia (n. 69) tenha sido protestada por falta de pagamento.¹

A prova deste requisito deve ser feita com certidão do official do serviço de protestos.

903. *3.º condição.* — Que o devedor se ache na impossibilidade de satisfazer de prompto as suas obrigações por accidentes extraordinarios, imprevistos ou de força maior.²

E' preciso ter em muita attenção este elemento substancial para a concessão da moratoria.

Deve-sé provar que as causas da impossibilidade de pagar não são devidas a factos proprios do devedor, originados de imprudencia ou negligencia.³ O Decr. n. 917 exige accidentes extraordinarios imprevistos ou de força maior. A prova unica de accidentes extraordinarios não auctorisa a concessão da moratoria.

¹ Decr.n. 917. arts. 12, a, e 107.

— O Cod. Com. Italiano, arts. 819 e 827, permite ao devedor impetrar moratoria depois de declarada a fallencia nos três dias sucoessivos á declaração da sentença, ou antes da fallencia. O ministerio publico é sempre ouvido (art. 827).

— O Cod. Com. Portuguez permite a moratoria antes ou depois da fallencia e em qualquer estado desta. Vide nota 8 ápag. 156 deste vol. O Cod. Belga manda que o devedor impetre a moratoria por occasião de fazer a declaração da fallencia.

² Decr. n. 917, art. 107. Identica disposição em nosso Cod. Com., art. 898, e nos Cods. Belga, art. 593 (*événements extraordinaires et imprévus*), Italiano, art. 819 (*avvenimenti straordinarii e impreveduti o altrimenti scusabili*), Argentino art. 1581 (*accidentes estraordinarios, imprevistos o de fuerza mayor*).

³ Dizia o relatorio da commissão da Camara Belga: "Une ohose incontestable c'est que l'embarras du commerçant qui demande un sursis, ne peut pas être le resultat de sa négligence, de son incune habituelle, mais doit être la consequence de faits qui échappent à la prévoyanoe ordinaire et qui'l n'était pas en sou pouvoir d'empêcher. MAERTENS, Commentaire de la loi du 18 Avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, pag. 802.

Que se deve entender por *accidentes extraordinarios imprevistos ou de força maior*?

A esse respeito dissertava a comissão ministerial italiana sobre o projecto do actual codigo do commercio: “No determinar as causas para o pedido de moratoria não se pode antever nem definir todos os acontecimentos extraordinarios e imprevistos que as justifiquem, mas, confiando a apreciação, ao criterio do juiz, deve-se-lhe dar uma latitu de conveniente, que permitia calcular tambem as circumstancias sugestivas aptas para excluirem a censura de negligencia ou de culpa.”¹

Pode-se, portanto, ter como certo que os accidentes extraordinarios a que se refere a lei são acontecimentos que o commerciante não podia prever nem impedir, ou por outra, que os embaraços do devedor, aptos para justificarem a moratoria, não sejam a consequencia de uma confiança cega, ou negligencia ou incuria no exercicio de sua profissão.

Tracta-se de questões de facto, variaveis segundo os tempos, as circumstancias e os individuos, sendo confiadas á livre apreciação do juiz.

A moratoria tem, portanto, como elemento capital a boa fé do devedor. A concessão da moratoria, escreve ASCOLI, deve equivaler a um attestado de honestidade para quem a solicita, e os tribunaes precisam convencer-se da oportunidade de infundir no publico a convicção de si que o induciado não é desertor nem traidor, mas soldado honesto ferido sem culpa.²

A nossa jurisprudencia é pauperrima sobre esse assumpto, mesmo porque são pouco frequentes as moratorias entre nós.

¹ Apud CUZZERI, *Il Cod. Com. Ital. Commentato*, vol. 7, n. 756.

² La Moratoia ed il Concordato Preventivo, n. 47.

Na vigencia do Codigo, quando ainda as moratorias eram concedidas pelos Tribunaes do Commercio com recurso até ao Conselho de Estado,¹ foi por este (Secção de Justiça) reconhecido que constituia accidente extraordinario e imprevisto e de força maior para justificar a concessão da moratoria de José Pereira da Silva Carvalho, negociante matriculado na Bahia: — molestia perigosissima, prolongada e seguida de operações graves em que a vida do devedor correu sérios perigos, facto demonstrado era muitos attestados medicos. Com este parecer conformou-se a Imperial Resolução de 30 de Setembro de 1859.²

A Corte de Appellação do Districto Federal, em Ac. de 13 de Novembro de 1893, deu o *placet* á moratoria requerida por Sebastião, de Pinho, achando plausiveis os motivos seguintes allegados pelo impetrante: difficuldade de os estabelecimentos bancarios fazerem descontos e redescontos para attender ao movimento diario do impetrante, queda imprevista dos titulos de bancos e sociedades anonymas, falta de pagamento pelos devedores remissos até nos juros, condemnação pelo poder judiciario a pagar grande indemnisação, e imputação falsa de delictos.³

EM Santos, nos annos de 1897 e 1898, importantes casas coramissarias obtiveram moratória allegando como accidentes extraordinários imprevistos, os grandes adeantamentos feitos á lavoura, a baixa do breco do café nos mercados consumidores e a falta de recebimento daquelles adeantamentos.⁴

¹ Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855, art. 8 § 1.º

² CAROATÁ, *Imperiaes Resoluções*, vol. 1, pag. 829.

³ O Direito, vol. 63, pag. 513 a 538.

⁴ Entretanto, a jurisprudência belga não segue a orientação da nossa.

Eis alguns arestos: Não podem obter moratória: 1.º) o proprietário de um estabelecimento balneário e de natação que invoca para justificar o seu pedido: as despesas consideráveis que fez para fundar convenientemente o estabelecimento, e a recusa do concurso do governo e da municipalidade na empresa- 2.º) aquelle que allega embaraços que se verifica provirem de uma confiança cega e de negligencia; 3.º) a

Não apreciaremos a justeza dessa jurisprudencia; entretanto, não deixaremos de notar que ella tende a facilitar muito a moratória mostrando que o exacto cumprimento da lei torna senão impossível ao menos muito difficil realisar-se praticamente a moratoria. Não ha motivos mais justos para a condemnação desse instituto!

904. 4.º condição. — Que o devedor não se ache em estado de insolvencia, tendo fundos bastantes para pagar a todos os credores de principal e juros mediante alguma espera,¹ não excedente de um anno.²

Adverte-nos aqui o Decr. n. 917 que a moratoria tem por fim a dilação e não a remissão das dividas.

A prova de ter o devedor o activo superior ao passivo é quasi impossivel. O balanço de uma casa commercial pode ser preparado a geito, e da exacta e completa *verificação de creditos*, que demonstrasse o passivo real, o Decr. n. 917 nem se lembrou!

Ninguém acredite, pondera o preclaro VIDARI, que offereça garantia sufficiente no exame daquelle requisito a auctoridade judicial. Esta, ou por incompetencia technica ou pelo sobrecargo de trabalho ou por falsa compaixão, é facilmente levada a reconhecer como verdadeiras as declarações e attendiveis as provas apresentadas pelo fallido.³

Eis, portanto, conhecido o caminho por onde marcham arrogantes los abusos e as fraudes. E justifique-se a *moratoria*!...

carestia dos géneros e a guerra em um paiz onde o devedor não fez negocios não podem ser considerados successos imprevistos. HUMBLET, *Iraité des Faillites*, n. 918.

Jurisprudência italiana: Uma crise que dura ha já alguns annos não constitue acontecimento extraordinário, imprevisto ou desculpável. Sentença da Corte de Appellação de Nápoles, de 4 de Novembro de 1891, apud, VIDARI, *Corso*, vol. 8.(4.º edic), nota 1 pag. 732.

¹ Decr. n. 917, art. 107. Cod. Com. art. 898

² Decr. n. 917, art. 112.

³ Corso, vol. 8, n. 8544.

SECÇÃO III

Rito processual da moratoria

Summario. — 905. A moratória é impetrada em forma de requerimento, pelo devedor, sua viuva ou herdeiros. — 906. Ou herdeiros impetrando moratória não ficara subrogados nas responsabilidades do decujo. — 907. Contendo do requerimento de moratoria e documentos que a elle se juntam. — 908. Requerimento não instruido com os documentos necessarios.? 909. Procedimento do juizquando o requerimento se acha devidamente instruido. — 910. Tarefa da commissão de syndicancia. — 911. *O placet e o veto* judicial ao pedido de moratoria. — 912. Recursos — 913. Convocação de credores. — 914. Reunião dos credores, ordem dos trabalhos, deliberações. — 915. Maioria habil para a concessão da moratoria. — 916. À moratoria não paga sello.

905. A moratoria é impetrada em forma de requerimento assignado pelo devedor, sua viuva ou herdeiros (vide n. 889), podendo todos ser representados por procurador especial.¹

Tractando-se de sociedade, deve esta ser representada pelos seus órgãos legitimos que são aquelle ou aquelles socios que, em virtude

¹ O Decr. n. 917 não exige para a moratoria acto pessoal do devedor; fica, portanto, o caso sujeito ao direito commum.

do contracto social, podem usar a firma ou gerir em nome della (n. 117), e, se esta estiver em liquidação, pelo liquidante ou liquidantes (n. 61).

906. Devemos observar que, quando a moratoria é requerida, pelos herdeiros do devedor, não ficam elles subrogados em todas as responsabilidades que pesavam sobre o devedor, embora mesmo a herança não tenha sido aceita a beneficio de inventario. O art. 152 do Decr. 1 n. 917 é expresso declarando que os herdeiros jamais serão responsaveis alem das forças da herança.

907. No requerimento, a que nos referimos no n. 905, o devedor com firma registrada (n. 901) deve expor as causas do seu estado,¹ I provar que se acha nas condições de obter moratoria,² e declarar o tempo de espera que deseja, o qual não pode exceder de um anno.³

Ao requerimento juntara:

a) Os seus livros. Na expressão generica livros comprehendem-se não só os indispensaveis ou obrigatorios, como os facultativos.

b) O balanço exacto do activo e passivo, excluídas as dividas a que os devedores possam oppor preseripção. Applicam-se aqui as considerações feitas no n. 111.

c) A conta demonstrativa de lucros e perdas.

d) A relação nominal dos credores, indicando o domicilio de cada um delles, a natureza dos titulos e o importe de cada credito.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 108 pr.

² Decr. n. 917, art. 107, verbis "...provando... poderá requerer."

³ Decr. n. 917, arts. 108, e, e 112

⁴ Decr. n. 917, art. 108. Identica disposição no Cod. Com. Belga art. 594.

908. Apresentado o requerimento ao juiz competente (n. 892), este verificará desde logo se se acha instruído ou não com os documentos precisos.

No caso negativo rejeitará *in limine* a petição.

Deste despacho cabe agravo para a superior instancia.¹

909. Se o requerimento se acha devidamente instruido, o juiz:

a) Encerrará os livros apresentados.

b) Rubricará o balanço e mais documentos que acompanharem o requerimento.

c) Despachará, mandando distribuil-o a um dos escrivães (se houver mais de um) e nomeando a *comissão de sindicancia*,² à qual fixará prazo para dentro delle apresentar o parecer.³

Esta *comissão de sindicancia* será composta de um, dois ou três credores.⁴ Não poderão ser nomeadas pessoas estranhas. A disposição da lei é imperativa.

d) Poderá expedir ordem para sustar todos os procedimentos executivos pendentes ou impedir os que de futuro se intentem, até que se conceda ou não a moratoria. Essa ordem não obstará os protestos por falta de acceite ou de pagamento.

¹ Decr. n. 917, art. 110 § unico.

² Decr. n. 917, art. 109 pr.

³ Decr. n. 917, art. 110 pr., verbis ... "o prazo que lhe for assignado..."

⁴ Decr. n. 917, art. 109 pr. O Cod. Com. art. 899, mandava nomear dois credores que ao juiz parecessem mais idóneos. Idêntica disposição no Cod. Com Argentino, art. 1587. O Cod. Belga, arte. 595 e 602, manda o tribunal nomear um ou mais experta, escolhidos entre as pessoas residentes na circumscrição. Podem ser credores ou não. O Cod. Belga assim determinou porque a imparcialidade do credor pode ser suspeita. NAMUR, Cod. Com. Belge, vol. 3, n. 2128.

Isso importa uma moratoria provisoria, que o devedor pedirá, se lhe convier, no requerimento inicial.

E' lamentavel que o Decr. n. 917, para evitar abusos por parte do devedor, não mandasse o juiz nomear fiscaes para vigiar as operações daquelle durante a moratoria interina como sabiamente fizeram o Cod. Belga, art. 595, e o antigo Cod. Hollandez, art. 905.

910. A *comissão de syndicancia* tem a seu cargo importantissima tarefa, que o Decr. n. 917 resume nestes termos: — procederá; verificação dos factos allegados pelo impetrante da moratoria e ás diligencias que forem necessarias.¹

A ella incumbe, pois, examinar detida e minuciosamente o estado os negocios do devedor, verificar a exactidão do balanço apresentado, investigar se são exactas as causas allegadas para a obtenção da moratoria.

O impetrante deve facultar á comissão, em seu escriptorio, todos os livros e papeis, e fornecer as informações que exigidas lhe forem.

E' licito á comissão chamar para auxilial-a os peritos de sua confiança, mas sob sua responsabilidade.

Do resultado do inquérito, a *comissão de syndicancia* apresentará ao juiz *parecer circunstanciado*.²

E' esse trabalho que vae esclarecer o juiz, guial-o em sua sentença, e quasi sempre delle depende a concessão ou a negação da moratoria.

¹ Decr. n. 917, art. 109 pr. Cod. Com. art. 899.

² Decr. n. 917, art. 110

Outra attribuição da *comissão de syndicancia* é organizar a lista de credores e a importancia dos respectivos creditos, para servirem de base á verificação dos creditos na reunião.

Essa comissão serve gratuitamente.¹

911. O juiz mandando vir rios autos o parecer a que nos referimos e examinando, por sua vez, todos os documentos que instruem o pedido, declarará por sentença se o postulante está ou não era condições de obter a moratoria.

Não se tracta de uma sentença no sentido jurídico da palavra, comquanto assim seja denominada pelo art 110 § unico do Decr. n. 917. Em substancia, não é senão um interlocutorio, mediante o qual o juiz declara simplesmente se o pedido do impetrante deve ou não ser tomado em consideração.

No primeiro caso, a auctoridade judiciaria dá o seu placet e ordena a convocação dos credores para definitiva deliberação,² marcando logo dia e hora para a reunião, a qual deverá ter logar dentro de quinze dias depois da apresentação do parecer da *comissão de syndicancia*.³

No segundo caso, o juiz interpõe o seu veto, indeferindo o requerimento,⁴ sem se preocupar com a disposição em que se achem os credores. O juiz é representante da lei, que, boa ou má, deve ser cumprida, e nunca agente dos interessados.

Este systema do Decr. n. 917 o unico entre as legislações que admittem a moratoria. No Cod. Belga (arts. 597 a 599), no Italiano (arts.

¹ Na Belgica é remunerada. Cod. Com. Belga, art. 602. HUMBLET, *Traité des Failliles*, n. 931.

² Decr. art. 917, art. 110.

³ Decr. n. 917, art. 111.

⁴ Decr. n. 917, art. 110.

821 e 822), no da Republica Argentina (arts. 1588 a 1591) e mesmo em nosso Codigo Commercial (art. 900) o processo é inverso. Impetrada a moratoria, o presidente do tribunal convoca os credores para discutirem e deliberarem sobre a sua conveniência. Depois, a auctoridade judiciaria julga por sentença se o devedor está nos casos de obtel-a, concedendo-a ou negando-a definitivamente.

912. Da sentença que indeferir o pedido de moratoria cabe agravo para o superior competente.¹

Da que deferir não cabe recurso. Os credores, que tiverem justos motivos para opposição, aguardarão oportunidade para vir com *embargos de moratoria* (n. 917).

913. Os credores serão convocados na forma exposta no n. 469.²

914. Reunidos os credores no dia, hora e logar designados, sob a presidência do juiz, far-se-á a chamada pela lista organizada pela *comraissão de syndicancia* (n. 910 *in fine*) podendo os credores se aposentar pessoalmente ou por procurador ou por seus representantes legaes (n. 425 o segs.).

A essa reunião é applicavel tanto quanto possivel O que se expoz nos ns. 470, 471 e 473.

Passando-se á ordem dos trabalhos proceder-se-á:

Em primeiro logar, á *verificação dos creditos*, observando-se o quo já ficou dito nos ns. 477 a 481.

Em segundo logar, o escrivão fará a leitura do requerimento do devedor, do parecer da commissão de syndicancia e da sentença do

¹ Decr. n. 917. art. 110 § unico.

² Decr. n. 917, art. 111.

juiz, sendo licito a qualquer credor ou ao proprio impetrante oppor as reflexões que julgarem a bem de seus direitos.

Em terceiro lugar, finda a discussão, passar-se-á a resolver sobre a concessão da moratoria, e, reunindo esta a favor a maioria do valor dos credits sujeitos a seus effeitos (n. 915), considera-se concedida. O juiz em seguida (na mesma reunião, diz o Decr. n. 917) homologará a moratoria¹ e mandará passar o alvará de moratoria.²

Como se ve, o juiz profere duas sentenças em todo o processo da moratoria: em uma interpõe o *placet* ou o *veto* (n. 911), era outra homologa simplesmente a deliberação definitiva dos credores. Só os credores chirographarios tomam parte na deliberação sobre; a moratoria, que somente a elles affeeta (ns. 924 e 927). Isso, porém, não quer dizer que os credores reivindicantes, privilegiados ou hypothecarios não possam comparecer á reunião e discutir. Applicam-se aqui as considerações do n. 516.

Se os credores privilegiados e hypothecarios votam na moratoria, não perdem os seus direitos, como succede no caso de concordata. O Decr. n. 917 nada diz a esse respeito, e não é possível applicar por analogia a esse caso a disposição comminatoria do art. 45 § 2.º especial á concordata. A moratoria, porém, ficará eivada de nullidade que pode ser promovida pelo credor dissidente por meio de embargos (n. 917).

Em quarto lugar:

a) e for concedida a moratoria, os credores elegerão a *comissão fiscal* composta de dois ou três membros, credores ou não, por

¹ Decr. n. 917, art. 115.

² O Decr. n. 917 não fala desse alvará, mas na vigencia doCodigo a praxe admittira, e ainda hoje o regulamento federal do sello do papel (Decr. In. 2573 de 3 de Agosto de 1897) a elle se refere, no art. 10 n. 7.

votação nominal que represente mais de metade do valor do passivo, não havendo maioria absoluta, em segundo escrutínio, prevalecerá a relativa.¹

b) Se for negada a moratoria, o juiz declarará aberta a fallencia do devedor.² O juiz manda sempre que os autos lhe sejam conclusos e, no prazo de que tracta o art. 6 do Decr. n. 917 (n. 161), profere a sentença declaratoria de fallencia com os provimentos legais (ns. 164 a 170).

A disposição do Decr. n. 917 seria absurda se interpretada fosse em seu sentido literal. Pode bem succeder que não hajam titulos protestado e que a moratoria impetrada pelo devedor fosse uma medida de cautela aconselhada por uma embarração momentaneo ante o receio de um prolongamento desta situação. Tudo isso está sujeito a modificar-se de momento, e como precipitar numa fallencia quem, na censura da lei, não está fallido?

Não se deve emprestar á lei um sentido contrario a seus intuitos. A fallencia somente será declarada quando, negada a moratoria, existirem protestos de titulos durante a instrucção desta, ou quando das provas colhidas se evidenciar que a fallencia está caracterizada por algum dos factos taxados no art I.º § 1.º do Decr. n. 917.

Finalmente, nada mais havendo a resolver, o escrivão lavrará acta circumstanciada da reunião, que será assignada pelo juiz, pelo induciado e pelos credores que quizerem.³

915. Um ponto importantissimo, sobre a *moratoria* o Decr. n. 917 deixou no tinteiro. Não ha duvida que os credores que deliberam *definitivamente sobre a moratoria* (art 110 pr.), mas qual a maioria para essa deliberação?

¹ Decr. n. 917, art. 114.

² Decr. n. 917, art. 113.

³ Decr. n. 917, art. 145.

Entendem uns que o art. 111 do Decr. n. 917, mandando que na reunião de credores se proceda *nos termos dos arts. 39 e seguintes*, se applica ao caso o disposto no art 45 que, para a validade da concordata, exige a sua aprovação por três quartos da totalidade dos credits reconhecidos verdadeiros e admittidos no passivo, com exclusão dos credores da massa, reivindicantes, separatistas, privilegiados e hypothecarios. E' essa a doutrina comumente seguida.

Pensam outros que a concessão da moratoria depende do voto da maioria dos credores que comparecerem á reunião, pois disciplina o caso a disposição geral do art 144 daquelle Decr. as reuniões dos credores funcionarão qualquer que seja o numero dos presentes e, salvo os casos expressos, a decisão da maioria dos presentes obrigará os ausentes.

E' lastimavel o silencio da lei sobre assumpto vital para a movimentação desse instituto.

Quanto ao primeiro systema temos a; observar que quando o Decr. N. 917, no art 111, manda proceder *nos termos do art. 39 e seguintes*, se refere indubitavelmente ás formalidades da reunião dos credores, á verificação de credits, á habilitação provia etc, etc., de que tractam este art 39 e o art 40, porém não ás demais disposições especialissimas sobre o instituto da concordata contendas nos arts. 42 a 56. E tanto é isso exacto, que as normas dos arts. 46 e 48 relativas á concordata foram xpressamente applicadas á moratoria pelos arts. 115 e 118.

A applicação por analogia á moratoria das disposições relativas á concordata, que se tem procurado fazer, é um erro censuravel, porquanto a interpretação por analogia não é admissivel quando se tracta de normas estrictivas, como são as de que nos occupamos. O proprio Decr. n. 917, tractando da concordata preventiva, com quanto mandasse applicar a esse instituto muitas disposições da concordata na fallencia,

teve, entretanto, a cautela de exigir expressamente os três quartos pelos menos da totalidade do passivo, para a sua, aprovação.

A moratoria tem um processo especialissimo e depende em grande parte da auctoridade judiciaria (n. 911).

Obtido o *placet* judicial, seria iniquo exigir ainda uma maioria forte como a de três quartos da totalidade do passivo chirographario, pois, convenhamos, os sacrifícios que a moratoria pode trazer não se comparam com os da concordata.¹

O segundo systema poderia ser admittido se o voto dos credores representasse um simples parecer sujeito á ulterior apreciação do juiz. Assim acontece era algumas legislações. Mas não é isso o que está adoptado no Decr. n. 917. O juiz tem de dar o seu *placet* ou é seu veto antes da manifestação dos credores (art. 110); no primeiro caso convoca estes para deliberarem definitivamente sobre a, moratoria (cit. art. 110) e na; mesma reunião homologará a moratoria, caso seja concedida (art. 115).

Ora, admittir que a maioria dos credores presentes á reunião baste para essa deliberação definitiva acariciar a trapaça, desmoralisar o instituto da moratória, ffender todos os princípios de direito e de equidade. Uma pequena quantia de vinte contos de reis teria maior influencia sobre os negocios do devedor do que centenas de contos...!

¹ O Cod. Com. no art. 900, in fine, mandava que na concessão da moratoria conviesse a maioria dos credores em numero e representando ao mesmo tempo dois terços da totalidade do passivo sujeito aos seus effeitos.

O Relatorio do Ministro da Justiça, do awno de 1852, pedia a suspensão dessa intervenção dos credores, pois sendo a moratoria um favor especial a que tinha direito o commerciante matriculado, era muito differente da concordata, podendo ser concedida mesmo contra o voto dos credores.

O Decr. n. 1597 de 1.º de Maio de 1855, instituindo os Tribunaes de Commercio, deu-lhes a attribuição administrativa de concederem ou negarem moratoria (art. 6, n. 2). Mais tarde essa attribuição passou para os juizes do commercio com a extinção destes Tribunaes (art. 1.º n. 2 do Decr. Leg. N 2662 de 9 de Outubro de 1875).

A lei não pode ser assim entendida por mais que o art. 144 do Decr. n. 917 apadrinhe essa interpretação. O espirito de egualdade, e escopo que visa aquelle Decr, qual a protecção do credito, protestam contra tal intelligencia que nos levaria a verdadeiro disparate.

Se a *commissão de syndicancia* da moratoria deve ser eleita por mais de metade do valor do passivo (n. 914), como sustentar-se que para a concessão da moratoria baste a maioria (metade mais um) dos credores presentes á reunião?

Seria um contrasenso.

Resta somente seguir um terceiro systema, intermediario entre os dois acima referidos: — a moratoria deve ser definitivamente concedida por credores que representem a maioria do valor dos creditos sujeitos aos seus effeitos.

Dir-se-á que a solução que acabamos de dar é arbitraria. Não o serão menos as outras duas. Em todo o caso essa ultima tem a vantagem de conciliar quanto possivel os interesses dos credores com os do devedor, e justifica-se pela necessidade de exigir uma maioria mais branda na deliberação da moratoria do que na da concordata em razão da directa intervenção do juiz, com o seu placet, na phase preparatoria ou preliminar.

Nas legislações estrangeiras não encontramos uniformidade a esse respeito, notando-se, porém, que nenhuma dellas exige para a concessão da moratoria maioria identica á exigida para a concordata,¹

¹ O Cod. Com. Belga, no art. 599, dispõe que o tribunal só poderá conceder a moratoria se a maioria dos credores representando tres quartos do passivo adherir expressamente ao pedido.

As maiorias de numero dos credores e dos creditos se verificarão sem levar em conta os creditos e as pessoas dos credores, que não comparecerem por terem residência distante do tribunal de modo a não se poderem apresentar no dia da reunião.

O Cod. Com. Italiano não tem disposição especial a tal respeito, pelo que prevalece a regra geral do art. 907, segundo a qual a assembléa delibera por maioria de votos, mas esta deliberação, que não é definitiva, representa uma simples opinião que opportunamente vae ser examinada pelo tribunal. VIDARI , Corso, vol. 8, n. 8570.

com excepção da de Portugal onde a moratoria é uma das formas da concordata (nota 8, pag. 156 deste vol.).

916. As moratórias não pagam sello.¹ O *alvará de moratoria* paga, porém, o sello fixo de 4\$400.²

SECÇÃO IV

Embargos á moratoria

Summario. — 917. Que sejam esses embargos.

917. Os credores dissidentes, vencidos pela maioria, poderão oppor *embargos á moratoria*, remedio em tudo identico aos embargos á concordata por cujas disposições se regula.³ Vide, pois, os ns. 537 a 543 que são aqui inteiramente applicaveis.

Nada conhecemos de mais frivolo do que estes embargos á moratoria.

O Cod Com Argentino, art. 1590: "Se dois terços dos credores pessoaes, cujos credits formem as três quartas partes da divida submettida aos effeitos da moratoria, ou se três quartos dos credores que representem os dois terços dos credits se oppuzerem á concessão da moratoria, será esta de plano negada pelo tribunal sem outro exame." Eis um systema original, donde resulta que se um terço e mais um dos credores, representando um quarto da divida submettida á moratoria, ou se um quarto dos credores e mais um representando um terço dessa divida, acceitar a moratoria, ella será submettida á resolução judicial.

O antigo direito portuguez exgia para a concessão das inducias creditórias a maioria da somma dos créditos. Decr. de 4 de Abril de 1777. No Direito Romano era também exigida a maioria dos créditos, JJ. 8, Cod. 7, 71.

¹ Decr. n. 2573 de 3 de Agosto de 1897 (Regulamento federal do sello do papel), art. 10, n. 7; Decr. do Estado de S. Paulo, n. 182 de 20 de Junho de 1893 (Regulamento do sello deste Estado) art. 10, n. 4.

² O Decr. cit. N. 2573, Tabela B, 2.º classe, § 6, n. 4. O Regulamento do sello do Estado de S. Paulo no Decr. n. 182 não se refere a esses alvarás, devendo estar comprehendidos na expressão generica de alvarás não especificados taxados em 4\$000. Tabela B, § VI, n. 4.

³ Decr. n. 917, art. 115.

O juiz de primeira instancia, que, depois de devidamente instruido, deu o seu *placet* á moratoria julgando o devedor em condições de merecel-a e que ve a sua deliberação prestigiada pela maioria dos credores, nunca reformará a sua decisão, salvo se provas desconhecidas e de grande peso apparecerem.

Vae, portanto, trabalhar em vão o credor dissidente. Exgottadas as formalidades da primeira instancia, a pobre victima, que muitas vezes só teve a culpa de ser honesta, consegue dar com os autos no tribunal de appellação. Corre o tempo, e com a natural lentidão dos trabalhos dos nossos tribunaes superiores não é dentro de ura atino que o infortunado dissidente chega a ouvir a ultima palavra judicial. E assim tem passado o prazo máximo legal da moratoria! Eis mais ura lapso do Decr. n. 917.

SECÇÃO V

Efeitos da homologação da moratoria

Summario. — 918. Quaes os efeitos da homologação da moratoria.

918. Os efeitos da moratoria definitivamente concedida e homologada devem ser apreciados:

- a) quanto ao devedor;
- b) quanto aos credores;
- e) quanto aos socios, quando a moratoria for concedida á sociedade.

ARTIGO I

Quanto ao devedor

Summario. — 919. Condição jurídica do devedor em moratoria. — 920. Actos que o devedor não pode praticar sem auctorisação da commissão fiscal. — 921. Forma dessa auctorisação. — 922. A moratoria susta a obrigação de pagar. — 923. E' pessoal ao devedor.

919. A condição jurídica do devedor em *moratoria* é inteiramente differente da do fallido. A *moratoria*, cujo fim é dar tempo ao devedor de remover os obstaculos que se lhe oppoem ao prompto pagamento, concede ao induciado uma grande liberdade, não o fere de incapacidade, não o priva da administração de seus bens, ao contrario sup-pSe que elle se mantem na direcção de seus negócios, que zela os seus interesses, que effectua as suas operações ordinarias, que dá execução a todos os contractos bilateraes, que diligencia o acceite de letras de cobrança das dividas activas, que compra mercadorias, que continua, em summa, no regular e normal exercicio do seu commercio.

920. Entretanto, para evitar que o devedor abusando da situação favoravel creada pela moratoria, desvie ou diminua o penhor commun dos credores, cuja conservação muito se esforça a lei por manter, prohibe esta ao devedor alhear bens iramoveis, hypothecados ou dal-os em antichrese, e garantir dividas com penhores ou caução sem auctorisação da commissão fiscal. No caso de recusa, pode o devedor recorrer por petição para o juiz.¹

¹ Decr. n. 917, art. 117. Identica disposição no Cod. Com. art. 904.

Mais severo é o Cod. Com. Argentino, art. 1597, que ainda prohibe o devedor de receber ou pagar valores, ou exercer acto algum de administração, sem assistencia ou auctorisação dos fiscaes (interventores). Commenta SEGOVIA que, dessa maneira, o

921.Essa auctorisação, que deve ser manifestada expressamente por escripto, não é estabelecida para supprir uma incapacidade, mas apenas para salvaguardar interesses dos credores e direitos de terceiros. A sua falta importa nullidade do acto.¹

922. O effeito principal da moratoria relativamente ao devedor é sustar a obrigação do pagamento das dividas mercantis durante a espera que lhe for concedida,² e consequentemente obstar a declaração da fallencia.

923. A moratoria é pessoal ao devedor. Não aproveita aos co-devedores nem aos fiadores do devedor.³ Vide n. 929.

ARTIGO II

Quanto aos credores

Summario. — 924. A moratoria é obrigatoria para todos os credores chirographarios. — 925. Deixa esses credores em estado de inacção e suspende as execuções pendentes ou futuras. — 926. Não suspende o andamento das acções. — 927. Credores isentos dos effeitos da moratoria — 928. Pagamento aos credores durante o prazo da moratoria. — 929 A

devedor se encontra em posição algo semelhante a da mulher casada e muito mais cohibido que o fallido concordatario (Explicacion y critica del nuevo Cod. Com. Arg., vol. 3 nota 5062).

¹ O Cod. Com. era expresso no art. 904. O Cod. Com. Argentino, no art. 1597, contem identica disposição.

² Decr. n. 917, art. 116.

³ Decr. n. 917, art. 116 § unioo. Cod. Com. art. 903.

moratoria não traz novação, e assim não aproveita aos co-obrigados ou fiadores do induciado. — 930. Não interrompe a prescrição quanto ao exercicio das acções, mas sim quanto ás execuções.

924. A moratoria é obrigatoria para todos os credores chirographarios, presentes, ausentes, ou dissidentes na reunião em que ella for concedida.

925. O effeito principal da moratória com relação aos credores chirographarios é colloca-los no estado de inacção, não podendo exigir o pagamento de seus creditos durante a espera concedida, e como consequencia: a suspensão das execuções pendentes ou futuras.¹

Se assim não fosse, frustrado ficaria o escopo da moratoria. A egualdade dos credores seria illusoria, e o respiro concedido ao devedor não passaria de simples palavra.

926. A *moratoria* não suspende, porém, o andamento das acções já intentadas ou que se intentarem,² pois ellas não perturbam os seus effeitos. Nisso differe radicalmente da fallencia, onde prepondera o aphorismo: *processus sustit concursus*.

927. A *moratoria* não impede a exigibilidade, nem suspende as execuções, relativamente:

1.º Aos credores reivindicantes, privilegiados e hypothecarios.³

¹ Decr. n. 917, art. 116; Regul. n. 737, art. 577 § 3; Cod. Com. art. 903.

² Decr. n. 917, art. 116. O Cod. Com. Ital., art. 824, prohibe intentar-se ou proseguir-se qualquer acção contra o devedor em moratoria, salvo por factos posteriores á concessão. Esta disposição é atacada por notaveis escriptores. ASCOLI, La Moratoria ed il Concordato Preventivo, n. 184.

³ O Decr. n. 917, art. 116 § unico, verbis: creditos não chirographarios.

2.º Aos credores de obrigações contrahidas depois da sua concessão, pois a moratoria não se refere ao tempo futuro, mas ao anterior á homologação.¹ De modo que se esses credores não são pagos no vencimento de seus titulos creditorios, podem requerer a declaração de fallencia do devedor. Se assim não fosse, pondera muito bem SEGOVIA, ninguem quereria entrar em negocios com o induciado, ou fal-o-ia em condições mais gravosas para elle.²

A *moratoria* não interrompe a actividade commercial do induciado, e, desde que os novos credores não estão a ella sujeitos, não podem ficar fora do direito commum e perder as garantias que a lei lhes assegura com a fallencia.

928. Durante p prazo da moratória devem ser pagos todos os credores a ella sujeitos.

Porque modo se deve effectuar o pagamento? O induciado poderá pagar cliscrecionariamente ou deverá subordinar-se ao systema dos dividendos proporcionaes?

O Decr. n. 917 calou-se sobre ponto tão importante, mas como a moratória é a propria fallencia disfarçada e pode ainda nesta resolver se, deve ser observada a estricta egualdade entre os credores, o que com os rateios proporcionaes será conseguido. Accordado o prazo que ficam subordinados o vencimento das dividas e sua exigibilidadea reciprocidade dos direitos e obrigações, que da *moratoria* resulta, exelue o arbitrio do pagamento desigual em beneficio de uns e em prejuizo de outros credores.³

¹ Cod Belga, no art. 605. diz expressamente: "Le sursis ne s'applique qu'aux engagements contractas anterieurement à son obtention."

² Explic. Y Crit. Del nuevo Cod. de la Republica Argentina, vol. 3, nota 5063.

³ O Juiz MONTENEGRO, no voto vencido em Ac. da Camara Commercial, de 17 de Setembro de 1895 (prorogação do prazo da moratoria do negociante Sebastião de Pinho) sustentou com vantagem essa these. Jornal do Commercio (Parte Judiciaria) de 12 de Outubro de 1895.

A disposição do art. 119 do Decr. n. 917, concedendo a prorrogação da moratoria quando o devedor haja pago cincoenta por cento do principal, dá a entender um pagamento igual, sera preferencias, a todos os credores chirographarios.

O Cod. Belga (art. 603) e o da Republica Argentina (art. 1598) são expressos a esse respeito como o era o antigo Cod. Hollandez.¹

Como consequencia do que deixamos dito: se é aberta a fallencia do induciado e este pagou preferencialmente a certos credores, estes estão obrigados a restituir á massa o quanto injustamente embolsaram. A par conditio creditorum deve ser restabelecida.

929. A *moratoria* não opera novação. O credor, tomando parte na deliberação, consente simplesmente numa dilação, pratica um acto conservatorio e de administração, com o qual não liberta o devedor, mas suspende temporariamente a exigibilidade do credito.²

D'ahi não aproveitar a moratoria aos co-obrigados ou fiadores do induciado (n. 923).

930. A *moratoria*, não obstando o exercicio das acções judiciaes e as medidas conservatorias de direito, não interrompe a prescrição.³

Quanto ás execuções judiciaes sim, em virtude do principio: *contra non volentem agere non currit proscriptio*.

¹ Na Itália é questão debatida. VIDARI, Corso, vol. 8, n. 8609, entende que, sendo silenciosa a sentença que concede a moratoria, não se pode impor ao devedor qualquer vinculo; gosa elle plena liberdade nos pagamentos. VIDARI La Moratoria del nuevo Cod. di Com. Ital., pag. 137, e CUZZARI // Cod: Com. Itat. Commentato, vol. 7, n. 786 pensam que se deve seguir o systema do Cod. Belga.

² ASCOLI, La Moratoria ed il Concordato Preventivo, n. 110.

³ Em contrario, a sentença do Supremo Tribunal de Just. de 16 de Junho de 1869 n'º Direito, vol. 1, pag. '69. A doutrina desta sentença não resiste a uma simples apreciação critica.

ARTIGO III

Quanto á sociedade e aos socios no caso de moratoria concedida á sociedade

Summario. - 931. Efeitos da moratoria sobre a sociedade e os socios. Influencia da moratoria sobre os sócios solidarios e de responsabilidade limitada.

931. Ja observamos no n. 889 que o Decr. n. 917 não se referiu as sociedades commerciaes quando tractou dos meios preventivos da declaração de fallencia, mas que podem ellas usar destes meios nas mesmas condições e com os mesmos efeitos como se fossem elles impetrados por devedores sob firma individual.

Quaes, porém, os efeitos da *moratoria* sobre a sociedade e os socios?

E' fora de duvida que a *moratoria* não opera de pleno direito a dissolução da sociedade, como relativamente á fallencia é expresso o art. 395 n. II do Cod. Com., nem constituo motivo legal para a dissolução (art 336 do Cod. Com.).

Os efeitos da moratoria quanto ao induciado ficaram expostos nos ns. 919 a 930, e nenhum delles é incompativel com a continuação da vida normal da sociedade.

932. A questão mais séria é saber qual a influencia da moratoria social sobre os socios pessoal e solidariamente responsaveis. Será idêntica á da fallencia?

As sociedades, personalidades juridicas distinctas das pessoas dos socios, têm o seu patrimonio proprio, garantia dos credores sociaes.

A moratoria por ellas solicitada só a ellas deve limitar os seus efeitos, tanto que só é exigida a prova de ser o activo social superior ao passivo social. O patrimonio particular dos sócios não é levado em conta pois tem a seu cargo também obrigações pessoaes.

Pode-se dizer, pois, que a moratória social não traz a moratória dos soeios pessoal e solidariamente responsáveis, como a fallencia social acarreta a desses socios.

Não se confundindo os sócios com a sociedade, tendo patrimonios distinctos e responsabilidades diversas, não se poderia comprehender a extensão dos efeitos da moratoria social aos socios que não solicitaram semelhante favor e muito menos provaram as condições legaes para a sua concessão.

E' preciso, porém, deixar certo que esses socios participam das vantagens da moratoria social no seguinte sentido: não podem ser executados pelos credores sociaes.

Respondem elles solidariamente, é verdade, pelos debitos da sociedade, mas os credores sociaes não podem executar os bens particulares dos socios solidarios senão depois de exgottados os bens sociaes (art 850 do Cod. Com.). A moratoria não só faz presumir que os bens sociaes são snfficientes para integral pagamento das responsabilidades sociaes, como, obstando a execução contra a sociedade, impossibilita a determinação da exacta responsabilidade dos sócios solidarios.

Em consequencia do exposto: a disposição do art 117 do Decr n. 017 não se applica aos sócios da sociedade em moratoria, isto é, estes socios podem livremente, sem auctorisação da *commissão fiscal*, alhear seus bens immoveis, hypothecal-os, etc. etc. A fiscalisada é a sociedade e não a pessoa dos socios.

Se a auctoridade judiciaria reconhece que o activo da sociedade basta para pagar o passivo social, se os credores sociaes votam pela moratória nesse presupposto, é injustificável collocar a pessoa dos sócios em uma posição crítica e vexatoria.

Não dissimulamos os perigos da doutrina expendida, mas decorre ella do nosso systema legal e offerece mais um argumento contra este regimen equivoco da moratoria. Com muita facilidade pode abrigar e dar conforto á fraude, a instituição que a lei reservou aos commerciantes de boa fé! Triste ironia!

Quanto aos socios de responsabilidade limitada que não tenham ainda preenchido as suas quotas, a moratoria da sociedade em nada lhes altera a situação juridica. Na qualidade de devedores desta quota (n. 853), tem de preencher-as na forma estipulada no contracto; a *moratoria* não foi concedida a elles, mas á sociedade.

SECÇÃO VI

Prorrogação da moratoria

Summario. — 933. Em que condições pode ser prorogada a moratoria. — 934. Processo da prorrogação.

933. Permite o Decr. n. 917, no art 119, a prorrogação da moratoria por uma só vez e por prazo não excedente de um anno, se durante o primeiro o induciado tiver pago cincoenta por cento do principal.¹ Deve-se prestar attenção a estas expressões, que presuppoera

¹ O Cod. Com. não falava dessa prorrogação. Permittem a prorrogação: o Cod. Belga, art. 600, por um anno, ou por maior tempo também se o devedor provar que pagou mais de sessenta por cento do seu passivo; O Cod. Italiano, art. 828, por seis mezes; o Cod. Portuguez, art. 730 § 1.º, por um anno. A Lei Argentina de 1.º de Setembro de 1892, que modifioou o art. 1592 do Cod. Com., admite a prorrogação por duas vezes consecutivas.

um pagamento proporcional a todos os credores. A lei não se refere ao induciado *que tiver reduzido o passivo* a cincoenta por cento, mas ao que tiver pago cincoenta por cento.

934. O devedor deve requerer a prorrogação antes de vencido o prazo, más não precisa instruir a petição com os documentos já anteriormente exhibidos para demonstração dos requisitos legais da moratória. Tracta-se de uma simples prorrogação, bastando que o induciado prove que distribuiu por todos os seus credores o minimo de cincoenta por cento do principal.

O Juiz, á vista dessa prova, mandará convocar os credores para deliberarem.

Prorogado o prazo da moratoria, são *ipso facto* prorogados os efeitos desta.

SECÇÃO VII

Comissão fiscal e rescisão da moratoria

Summario. — 935. Funções da comissão fiscal. — 936. Os seus membros exercem pessoal e gratuitamente o cargo.

935. A *comissão fiscal* da qual já falámos no n. 914,¹ mandataria da massa dos credores, representante destes juncto ao indaciado, tem por funções:

O Cod. Com. Italiano, para a prorrogação, exige o voto favoravel da maioria dos credores representando ao menos a metade do passivo residuo, art. 828.

¹ Na Itália essa comissão é encarregada de superintender a administração e liquidação do patrimonio do devedor; é nomeada pelo Tribunal (Cod. Com. art. 822). A lei não fixou o numero de seus membros.

a) Auctorisar o devedor a alhear immoveis, hypothecal-os ou dal-os em antichrese, e a garantir dividas com penhores ou caução.¹

Da negação da auctorisação pode o devedor recorrer para o juiz por meio de petição.²

b) Piscalisar a conducta do induciado³ requerendo a rescisão da moratoria nos mesmos casos e pela mesma forma porque tem logar a rescisão da concordata na fallencia. Vide ns. 568 a 579.

Essa fiscalisação tem por fim manter a integridade do patrimonio do devedor.

936. Os membros da commissão fiscal devem exercer pessoalmente as funcções e deliberar por maioria absoluta de votos. Não têm direito á remuneração.⁴

SECÇÃO VIII

Pagamento integral aos credores. Expiração do prazo

Summario. — 937. Vencimento da moratoria. — 938. Não pagos integralmente os credores dentro do respiro da moratoria, o devedor entende-se fallido. — 939. O devedor que obteve moratoria pode formar

Na Republica Argentina dispõe o art. 1593 do Cod. Com.: "Concedida la moratoria, se designará dos de los acreedores para que intervengan en los procedimientos dei deudor durante el término de la moratória.

Los acreedores, así nombrados, pueden en qualquier tiempo ser revocados y reemplazados, sin neoesidad de éxpresión de causa."

¹ Decr. n. 917, art. 117.

² Decr. n. 917, art. 114.

³ Decr. n. 917, art. 118.

⁴ Na Belgica é remunerada. Na Italia, gratuita.

com os credores concordata preventiva. —

940. E também requerer cessão de bens.

937. Pagos integralmente os credores no prazo da moratoria, deve o induciado, provando o allegado, requerer ao juiz que a julgue cumprida.

O Decr. n. 917 guarda silencio a esse respeito, mas é intuitiva a necessidade de um encerramento ao processo da moratoria.

938. Se o induciado não paga a todos os credores durante o prazo da moratoria ou o da prorrogação, entende-se fallido, pois a impontualidade se manifesta natural e francamente. Então a fallencia pode ser judicialmente declarada a requerimento do próprio devedor ou das pessoas enumeradas no n. 106.

A *comissão fiscal* não ficou com a attribuição de promover a fallencia nesse caso, mesmo porque decorrido o prazo da moratoria tem ella *ipso facto* desaparecido.

Assim, também ao juiz falta competencia para *ex-officio* declarar a fallencia. O Decr. n. 917 não admitte essa intervenção judicial nos negocios particulares, e muito diverso é o caso regido pela disposição do seu art 113, donde se tem procurado tirar argumento em contrario.

939. Reservámos para ultimo logar o estudo da seguinte questão:

Pode o induciado durante o respiro da moratória fazer com os três quartos de seus credores chirographarios concordata preventiva?

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, em accordams de 10 de Julho de 1894¹ e 31 de Outubro de 1895,² resolveu negativamente,

¹ Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 6, pag. 147, aggravantes Bermann, Grunsfeld & Marmorasch e aggravado David Barcellos.

² Revista Mensal, vol. 2, pag. 96, aggravantes Almeida Pujos & C. e aggravado D. Neophitos.

porque cora o nao cumprimento da moratoria ficava o devedor sujeito á fallencia e, portanto, impossibilitado de prevenil-a por outro meio.

O Superior Tribunal de Justiça de Pernambuco, em accordam de 26 de Março de 1897, seguiu, porém, doutrina opposta.¹

Mais tarde a doutrina do Tribunal de Pernambuco foi adoptada pelo Tribunal de S. Paulo. Este, em accordam de 27 de Maio de 1899, proclamou o principio: na constância da moratoria o induciado pode recorrer a outro meio preventivo da declaração de fallencia.²

A, antiga jurisprudencia do Tribunal de S. Paulo não estava immune de critica, e folgamos de vel-a abandonada.

¹ O Direito, vol. 78, pag. 641. Eis o caso: L. P. impetrou ao juiz moratoria, durante o processo, obtendo aquiescência unânime dos credores, desistiu da medida requerida. O juiz não admittiu a desistência. Deste despacho aggravou para o Tribunal. Ainda não decidido o recurso, E. P. obtém dos três quartos doa oradores um accordo extrajudicial, e pede ao juiz a devida homologação. Novo indeferimento é proferido. O devedor agrava; é negado o agravo. Apresenta-se então, com carta testemunhável, perante o Tribunal e eis a decisão de 26 de Março, a que no texto nos referimos: "... tomam conhecimento da carta testemunhável e dão a mesma provimento para mandar que o juiz *a quo*, reformando o despacho aggravado, admitta e prosiga "nos termos da concordata extrajudicial requerida; porque, sendo a moratoria, assim como a concordata amigável e a cessão de bens favores que a lei concede aos commeroiantes que a tentem embaraçados para satisfazer com pontualidade os seus compromissos, no intuito de evitar fallencia, e dos quaes podem esses consequentemente prevalecer se ou não, como lhes convier, é claro que o despacho aggravado não tomando conhecimento do pedido de homologação da concordata extrajudicial que o testemunhante obtivera dos seus credores, sob fundamento de que estando pendente o outro pedido da moratória, não pode delle desistir, causa gravame e acarreta damno irreparável ao testemunhante desde que, não lhe convindo mais aquelle primeiro pedido, ao qual aliás não pode ser compellido ex-officio por haver obtido dos seus credores uma concordata extrajudicial mais favorável do que a moratória, no privado desse beneficio, sem que possa o mal delle resultante.

² Agravo n. 1788, da Capital, aggravantes Schmidt & Trost, agravados Porfirio Machado & O. Diz esse accordam de 27 de Maio de 1899: Sendo a moratoria assim como a concordata amigavel e a cessão de bens, favores que a lei concede aos commerciantes que se sentem embaraçados satisfazer com pontualidade os seus compromissos no intuito de evitar fallencia, podem elles consequentemente prevalecer-se desses meios como lhes convier. O Direito, vol. 78, pág. 537. Sendo assim e não constando dos autos a rescisão da moratória, nada obstava aos agravados o recurso de obtenção de outro meio afim de obstar a sua fallencia. O provimento do agravo com as consequenoias do art. 125 do Decr. n. 917 e direito dos agravados, garantido pelo art. 55 do mesmo Decr., seria uma subtiliza em pura perda de devedo-ires e credores, que conviria evitar..."

O Cod. Com. Italiano, art. 825, e a Lei Roumaica, art. 840, permitem no curso da moratoria o accordo amigavel do devedor com os credores, passando as relações entre as partes a ser reguladas por esta convenção.

Pode acontecer que sem culpa do devedor se enfraqueça o activo garantia da moratoria. Titulos e valores reputados bons podem baixar, creditos podem se tornar perdidos por insolvencia ou fallencia dos obrigados, ou por outras causas. Impossibilitado ficaria o induciado de honrar as suas responsabilidades durante o prazo da moratoria. A equidade e o interesse dos credores não estão em antagonismo com a concordata preventiva, meio facil, economico e honesto de liquidação, vantajoso a todos sem a desconsideração e o vexame que sempre traz a fallencia.

Verdade é que a lei exige para a concordata preventiva a condição de o devedor não ter titulo protestado. Mas a moratoria, importando em verdadeira tregua juridica, interrompe os efeitos dos protestos, mantém o devedor em plena actividade, suspende a fallencia, na phrase expressiva do art. 12 pr. do Decr. n. 917.

Fazendo, portanto, durante o estado induciario, concordata com a maioria legal dos credores (três- quartos da totalidade do passivo), o devedor deve apenas provar que nenhuma obrigação contrahida depois da concessão da moratoria foi protestada, pois quanto aos protestos das obrigações sujeitas aos efeitos da moratoria são elles actos sem força juridica, impotentes para gerar a fallencia.

Estudando ainda a questão pelo seu lado pratico, a antiga jurisprudencia do Tribunal de S. Paulo revelava-se protectora de um formalismo vão, danoso ao devedor e aos credores. Se o devedor obtém na *concordata preventiva* o apoio de credores representando três quartos da totalidade dos creditos, essa mesma maioria vae formar a concordata na fallencia. Quem lucrou com esse apparato da declaração da fallencia?

Dir-se-á talvez que o ministerio publico pelo seu orgam, o curado fiscal, precisa conhecer, a innocencia ou criminalidade do devedor no caso de fracassar a *moratoria*.

A objecção não mereceria talvez sei lembrada. Que zelo pode dedicar o ministério publico a uma investigação dessas, quando os interessados regularam os seus direitos em boa camaradagem? Depois,) a pratica nos mostra quanto vale actualmente esta acção dos orgams do ministério publico...

940. Quanto á *cessão de bens* a questão é mais delicada, porque ella não depende do voto expresso dos credores.

Entretanto, sendo condição fundamental dessa medida a verificação prévia da boa fé do devedor, uma vez esta plena e exhuberantemente provada, não ha razão para o induciado deixar de gosar o grande favor legal.

No districto federal deu-se um caso desses. O negociante matriculado Sebastião de Pinho obteve moratória por um anno, que mais tarde foi prorogada por equal tempo. Não tendjo podido completar o cumprimento da moratória, requereu em 25 de Agosto de 1896 a immissão de seus credores na posse da totalidade de seus bens presentes para que por elles se pagassem do saldo restante e o desonerassem de toda a responsabilidade. O competente juiz da Camara Commercial do Tribunal Civil tomou conhecimento do requerimento, nomeou a *commissão de syndicancia*, e convocou os credores do impetrante para os fins do art 125 do Decr. n. 917.¹ A cessão foi julgada por sentença de 22 de Janeiro de 1898 (Cartorio do escrivão Corte Real).

¹ o edital de convocação foi publicado na respectiva secção do Jornal do Commercio de 19 de Janeiro de 1898. E' notavel que entre a data do requerimento e a convocação de credores mediassem um anno, quatro mezes e dezenove dias!

Capitulo II

Da Concordata Preventiva

SECÇÃO I

Conceito e natureza da concordata preventiva; suas vantagens

Summario. — 941. Conceito e natureza da concordata preventiva; seu objecto. — 942. A concordata preventiva é um meio fácil e economico de liquidação. Objecções. — 943. Defeitos do Decr. n. 917 na regulamentação. desse instituto. — 944. A concordata preventiva como pode ser formada. — 945. A commissão fiscal.

941. Ja tivemos occasião de estudar o instituto da concordata, sua natureza juridica e a distracção primordial em concordata preventiva e concordata na fallencia (ns. 490 a 495). Não é, portanto, assumpto novo o que prende nesse momento a nossa attenção.

O conceito e a natureza juridica da *concordata preventiva* ficaram expostos nos ns. 490 a 494; a concordata formada antes ou no curso da fallenda é sempre o mesmo contracto bilateral, o mesmo contracto anomalo, creando obrigações directamente derivadas da convenção para os que a ella adherem e uma obrigação *ex-lege* para os dissidentes.

Quanto ao seu objecto, a *concordata preventiva* pode também ser *remissoria*, *moratoria*, também chamada *dilatoria*, ou *mixta* (n. 499).

942. A *concordata preventiva*, quando bem regulamentada, é um expediente facil e economico de liquidação (n. 490).

Favorecendo ao devedor desventurado e honesto, ella resguarda-o das severidades e consequencias desastrosas que no geral acarretam as fallencias; mantendo a egualdade entre os credores, ella ao mesmo tempo afasta esses arranjos clandestinos que tantos sacrificios trazem ai grande parte delles, ordinariamente aos que mais confiam na honorabilidade do devedor.

Tem tido, entretanto, adversarios intransigentes esta sabia criação, os quaes, alem de descarregarem contra ella as objecções a que tem intelligente que, compenetrada do espirito da lei, applique as suas disposições com criterio, afastando sabiamente as artimanhas que são hoje as chagas da nossa *concordata preventiva*.

943. O Decr. n. 917, imitando as legislações a que nos referimos no n. 833, introduziu em nosso direito, a concordata preventiva.

Resente-se esse Decr. de falta de clareza e pouca segurança de doutrina na exposição das normas reguladoras da concordata preventiva. E' necessario, para uma boa exposição, apprehender bem o systema e attender ao fim a que elle visa.

O maior de todos os defeitos que offerece a disciplina da nossa concordata preventiva é não assentar esta em uma boa e segura verificação de creditos. Procurando abreviar o processo, o Decr. n. 917 tudo sacrificou. A concordata preventiva perde assim a sua grande força moral; o devedor deshonesto, preparando a escripturação e incluindo credores ficticios em seu balanço, obtem-na com tanta, senão com maior facilidade, do que o comraerciante honrado e de boa fé.

944. A concordata preventiva pode ser formada:

a) *judicial*; ou

b) *extra-judicialmente*.

No primeiro caso, chama-a o Decr. n. 917 propriamente concordata preventiva (art. 130). Os credores são convocados para se constituir em massa e, em juízo, deliberar sobre a proposta que lhes faz o devedor.

No segundo caso, denomina-a o Decr. n. 917 *accordo* ou concordata extra-judicial (arts. 121 e 123). Os credores, sem convocação judicial, porém amigável e particularmente, convencionam com o devedor o meio de liquidação. O devedor implora a intervenção judicial unicamente para a homologação do *accordo* afim de que o pacto, celebrado com a maioria legal, obrigue a minoria ausente ou dissidente.

Essas duas formas de construção da concordata preventiva não a alteram era seu conceito nem em seus efeitos; são apenas dois alfares que levam o devedor ao mesmo destino: conjurar a declaração do fallencia e suspender os seus efeitos.

Em rigor esses dois modos de formação da concordata preventiva são judiciais, pois para o seu complemento e perfeição se faz sempre necessaria a homologação do juiz; mas quando os credores se reúnem sob a presidência do juiz, e, em juízo, deliberam sobre a concessão da concordata, dá-se a esta particularmente a designação de judicial, para distingui-la da que é contractada *fóra do Juízo*, o que somente está sujeita ao processo da homologação judicial.

Nas Secções II e III estudaremos:

1.º A concordata preventiva formada judicialmente.

2º A concordata preventiva formada extra-judicialmente.

945. Ao lado do commerciante que obtem dos credores a concordata preventiva, colloca o Decr. n. 917 uma *commissão fiscal*, nomeada pelos credores.¹

Não estabeleceu este Decr. numero certo dos membros dessa comissão quando nomeada pelos credores, nem exigiu que fossem elles os escolhidos dentre os credores.

Se os credores não nomeam a comissão fiscal, o juiz exerce essa attribuição, escolhendo dentre os credores dois ou tres para a constituírem.² Neste caso, a lei limita o numero de membros que devem compor a *comissão fiscal* e manda nomear credores.

A *comissão fiscal* não é consultiva, mas simplesmente fiscalisadora, e os seus membros servem gratuitamente, tal como se dá na que funciona junto ao devedor que obtem *concordata na fallencia* (n.502).

SECÇÃO II

A concordata preventiva formada judicialmente

Summario. — 946. Condições essenciaes para que o devedor requeira a formação judicial da concordata preventiva. — 947. Essas condições devem ser previamonuprovadas. — 948. Que deve conter o requerimento, e documentos que o

¹ Decr n. 917, art. 123. Este art. parece referir-se somente ao caso da concordata formada extra-judicialmente, mas não pode deixar de ser applicado á concordata preventiva quando formada em JUÍZO.

² Decr n. 917, art. 123. Este art. parece referir-se somente ao caso da concordata formada extra-judicialmente mas não pode deixar de ser applicado á concordata preventiva quando formada em JUÍZO.

acompanham. — 949. Encerramento dos livros, e nomeação da comissão de syndicancia e convocação de credores.- 950. Ordem judicial para sustar todos os procedimentos executivos contra o devedor. — 951. Formação, homologação, opposição e recursos. Normas especiaes. — 952. Actos prohibidos ao devedor durante o processo da formação da concordata judicial.

946. Ao devedor commerciante é dada a faculdade de requerer ao juiz competente (n. 892) a convocação de seus credores para, em reunião judicial, tomarem conhecimento e deliberarem sobre a proposta de concordata que lhes offerece, com o fim de evitar a declaração de sua fallencia.

São condições essenciaes, para que o devedor possa propor a concordata preventiva:

1.º Que elle tenha a *firma inscripta* no competente registro (n. 890).¹

¹ O Superior Tribunal de Justiça de Pernambuco, em Ac. de 3 de Novembro de 1896, decidiu que não podia obter concordata preventiva o devedor que inscrevera a sua firma e requerera a homologação, quando já se achava em estado de fallencia por ter dado em penhor bens moveis sem ficar com outros sufficientes, livres e desembargados. Este accordam deu assumpto á vivíssima critica, mas em parte algum tanto exagerada. O DR. ALTINO DE ARAUJO, juiz do commercio do Recife, cuja sentença foi reformada pelo Tribunal, fez imprimir no anuo de 1897 um folheto sob o titulo: "Foro do Recife", Concordata extrajudicial (Arts, 120 a 138 do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890) analysando esse Ac. e junctando pareceres de advogados.

Na verdade, o Ac. de 3 de Novembro, alem de mal redigido, consagra um principio inaceitavel (e foi somente sobre este que se manifestaram os advogados opinantes), quando exige que o devedor na occasião de requerer a homologação do accordo extrajudicial não se ache em estado de fallencia; o Decr.n. 917 em sua letra e espirito procura com a concordata preventiva obstar tão somente a declaração de fallencia, o que presuppõe a existência deste estado(n. 887). Mas, no caso julgado é devedor quando fez inscrever a sua firma no respectivo registro já tinha esse estado bem caracterizado (art. 1, § 1, c). Ora, foi na occasião extrema e tão somente para gosar o favor legal que o devedor se lembrou de cumprir um dever importantissimo, que lhe cabia desempenhar desde o inicio do seu commercio. Quem não viveu dentro da lei não pode invocar os favores desta. Nessa parte, parece-nos sã a doutrina do tribunal pernambucano.

2.º Que não tenha sido interposto protesto algum por falta de pagamento de qualquer obrigação mercantil liquida e certa em condições de auctorisar a declaração de fallencia.¹ Dado esse caso, a fallencia já está caracterisada; o curador fiscal ou qualquer credor pode promovê-la judicialmente. Não é mais possível evitar a sua declaração, nem mesmo quando os portadores dos titulos protestados adhiram á concordata. Já se tem procurado fazer vingar a doutrina contraria, que nos parece insustentavel na economia do Decr. n. 917, onde a exigencia da falta de protesto se apresenta como uma condição, não de ordem privada, mas de ordem publica.

Outrosim, o facto de uma acção posta em juizo contra o devedor não impede, por si só, a formação da concordata preventiva, pois não é o protesto de que fala o Decr. n. 917.²

947. O juiz não pode acceitar o requerimento, nem, por conseguinte, dar andamento ao respectivo processo, sem que as duas condições referidas no n. 946 supra estejam documentalmente provadas.

Se de outro modo procede e chega a homologar a concordata, esta fica eivada de dois grandes defeitos:

1.º A nullidade da sentença de homologação, por ter sido proferida contra expressa disposição de lei (art. 680 § 2 do Regul. n. 737). A manifestação da má fé do devedor, o qual occultou factos que, se declarados fossem, não auctorisariam a medida impetrada. Aí ninguém é dado ignorar a lei, e quem propõe a concordata preventiva deve saber as normas reguladoras deste instituto.

¹ Decr. N. 917, art. 120.

² Ac. do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 20 de Janeiro de 1897, na *Revista Mensal*, vol. 5, pag. 80.

Parece-nos, portanto, que se a concordata ainda não está cumprida pode ser rescindida nos termos do art. 126, a, do Decr. n. 917; se se acha cumprida, qualquer devedor poderá por acção ordinaria pedir a rescisão da sentença homologatoria com fundamento no art. 681 § 4 do Regul. n, 737 e, ao mesmo tempo, a, condemnação do devedor ao pagamento integral da divida e seus juros, com apoio no art 54 do Decr. n. 917, que se applica tambem ás concordatas preventivas (ns. 586 e 587).¹

948. O devedor, em seu requerimento, deverá:

a) expor as causas do seu estado, e

b) declarar os termos da proposta de concordata. A elle junctará:

1.º os livros;

2.º o balanço exacto do activo e passivo, excluidas daquella as dividas a que os devedores possam oppor a prescrição;

3.º a conta demonstrativa de lucros e perdas;

4.º a relação nominal dos credores, indicando o domicilio de cada um delles, a natureza dos títulos e o importe de cada credito.²

949. O juiz encerrará os livros, rubricará o balanço e mais documentos que acompanharem o requerimento e, mandando distribuir este a um dos escrivães (se houver mais de um), nomeará uma *comissão de syndicancia* composta de um dois ou três dos credores para

¹ Em sentido contrario julgou o Tribunal do Justiça de S. Paulo, em Ac de 4 de Dezembro de 1897, na Revista Mensal, vol. 7 pag. 236. Decidiu o Tribunal que, homologada e cumprida a concordata, é ella facto consummado, obrigando aos credores chirographarios, notando-se que a existencia de protestos antes da concordata não induzima fé ou dolo. Não podemos justificar a doutrina deste accordam.

² Decr. n. 917, art. 130 § 1. em referencia ao art. 108. Idêntica disposição na Lei Belga de 1887, art. 3.

proceder á verificação dos factos allegados e ás diligencias que forem necessarias e sobre isso dar parecer circunstanciado.¹

Esta commissão não tem direito a qualquer remuneração. Tambem os seus membros devem desempenhar pessoalmente as attribuições legaes. E' altamente censuravel o que de ordinario se passa com a acquiescencia dos proprios juizes. Advogados invéstem-se de procuração dos membros da *commissão de syndicancia*, e ahi estão os factos clamando contra essa *praxe* funesta e immoral.

O juiz, no despacho em que nomear a *commissão de syndicancia* deve assignar prazo para a apresentação do parecer e convocar logo os credores para deliberarem.

950. Logo que lhe for presente a petição, poderá o juiz expedir ordem para sustar todos os procedimentos executivos pendentes ou que, de futuro se intentem contra, o devedor até que se delibere sobre a' concordata proposta. Essa, ordem, que deverá ser requerida pelo proprio devedor, não obstará os protestos por falta de acceite ou de pagamento.²

951. O art. 130 do Decr. 917 manda processar a formação judicial da concordata preventiva nos termos do art 55 e, portanto, lhe applicar todas as normas legaes relativas á formação da concordata na fallencia, á sua homologação, á sua opposição e recursos.

A convocação dos credores deve ser feita pela forma exposta no n. 512 *b* e *d*; a formação da concordata, pelo modo exposto nos n. 513 a 534, devendo ser acceita por três quartos da totalidade do passivo chirographario; a nomeação da *commissão fiscal* na conformidade do n. 502; a opposição e recursos como se disse nos ns. 535 a 543.

Devemos, porém, observar as particularidades seguintes:

¹ Decr. n. 917, art. 130 pr. em referencia ao art. 109.

² Decr. n. 917, art. 190 § 2, identica disposição na lei Belga de 1887, art. e, na Suíssa, art. 295.

1.º Regeitada a concordata e havendo obrigação mercantil liquidai e certa vencida, o juiz declarará aberta a fallencia. A proposta de concordata por parte do devedor importa a confissão tacita do seu embaraço commercial, a manifestação de sua fallencia.

2.º. Homologada a concordata, o juiz confirmarpa a escolha dos fiscaes nomeados pelos credores, ou nomeal-os-á dentre os credores, como dissemos no n. 945.

3.º. Processando-se essa concordata do mesmo modo que a concordata na fallencia, não se lhe pode applicar o disposto no art. 124 do Decr. N. 917 que é especial ao caso do accordo extra-jucial. A opposição à concordatda deve ser adduzida por meio de embargos (ns. 525 a 542), e da sentença proferida nesses embargos cabe appellação, comum a mabas as partes, no effeitos devolutivo (n. 543).

4.º. A concordata preventiva antecipa o vencimento das dividas chirographarias do devedor para as operações da concordata, consequentemente: o credor a prazo deve tomar parte nas deliberações incluindo-se no passivo pelo valor do titulo com desconto, do mesmo modo que na fallencia (n 215). A causa da concordata preventiva é a impontualidade do devedor, e esta impontualidade constitue justamente o estado da fallencia. Accresce que para estabelecet a par cnditio, que a concoradta preventiva respeita e assegura (n.942), era insdispensavel que se realisasse o vencimento antecipado das dividas comos e dá no instituto da fallencia (n. 209).

SECÇÃO III

A concordata preventiva formada extra-judicialmente

Summario. — 953. O accordo extra-judicial deve ser somente homologado, e diflere das concordatas amigaveis. — 954. Condições

para a homologação desse accordo. — 955. Documentos que devem instruir o requerimento de homologação. — 956. Publicação do pedido e prazo para reclamação. — 957. Apresentação da reclamação e arguições. — 958. Diligencia que, antes da sentença, o juiz pode ordenar. — 959. Nomeação da *comissão fiscal*. — 960. Recurso da sentença homologatoria — 961. Declaração da fallencia; recursos. — 962. Actos prohibidos ao devedor durante o processo da homologação do accordo.

953. Pode também a concordata preventiva ser formada extra-judicialmente, competindo ao juiz apenas a sua homologação. A esta concordata dá o Decr. n. 917 o nome particular de accordo extrajudicial (n. 944). Não se deve, porém, confundir este accordo com o contracto que vulgarmente se chama concordata amigavel, isto é, com o convenio feito pelo devedor com a unanimidade de seus credores.¹

954. O devedor com *firma inscripta* que, antes do protesto por falta de pagamento de obrigação commercial liquida e certa (vide n. 946 e notas que aqui se applicam), tiver feito extrajudicialmente algum accordo ou concordata com os credores representando pelo menos três quartos da totalidade do passivo, deverá requerer sem demora a homologação pelo juiz competente.²

Tanto o *accordo extrajudicial* como o requerimento para a homologação devem ser apresentados em juizo antes dos protestos.³

¹ E' a solução da Lei Belga de 1887, art. 29, 2.º alin.

² Decr. n. 917, art. 120.

³ Decr. n. 917, art. 120 § unico.

Se o convenio é feito ou o requerimento é apresentado depois de interposto qualquer protesto, o juiz não poderá mais homologar o accordo; deverá considerar esse requerimento como declaração espontânea da fallencia.

Se o juiz homologa a *concordata extra-judicialmente* formada em contravenção ás condições exigidas em lei (sem a prova documental da firma inscripta do devedor e da ausência de protestos), ella fica eivada dos dois grandes defeitos já apontados no n. 947, que tem aqui inteira applicação.

955. Ao requerimento em que o devedor pedir a homologação deverá juntar:

1.º O accordo assignado pelos credores com as firmas destes reconhecidas por tabellião.

2.º A relação nominal dos credores, indicados o domicilio de cada um delles, a natureza dos títulos e o importe de cada credito.¹

956. Distribuida a petição, publicará o escrivão edital annunciando o pedido de homologação e marcando o prazo de dez dias para os interessados reclamarem o que for a bem de seus direitos.²

Este edital deve ser publicado na sede do juízo, e não no domicilio de cada ura dos credores.³

957. A reclamação, que deverá ser apresentada por petição dentro dos dez dias do edital, consistirá apenas na arguição de má fé, fraude ou dolo do devedor e será provada em um triduo com citação deste.⁴

¹ Decr. n. 917, art. 121.

² Decr. n. 917, art. 122, pr.

³ Ac. do Cons. do Trib. Civil e Com. da Cap. Fed., de 24 de Maio de 1893 n'º O Direito, vol. 63 pag. 38.

⁴ Decr. n. 917, art. 122 § 1.

958. O juiz, antes de proferir a sentença, pode mandar proceder por peritos de sua nomeação á verificação da relação dos credores e da importancia dos créditos.¹

959. Homologado o *accordo extra-judicial*, o juiz confirmará a escolha dos fiscaes que tiverem sido nomeados pelos credores ou nomeará, quando o não tenham sido, uma commissão fiscal, de dois ou três membros, escolhidos dentre elles.²

960. Da sentença que homologar a concordata haverá agravo de petição.³

Este agravo somente pode ser interposto pelo credor que tiver reclamado contra o *accordo extra-judicial* no prazo e termos expostos no n. 957.⁴

961. Negada a homologação, será declarada aberta⁵ a fallencia. Não é este um caso de abertura de fallencia ex-officio como já se tem dito. O juiz não provoca a abertura da fallencia, não a declara por lhe *constar por notoriedade publica* o estado de fallencia do devedor, mas sim em virtude da confissão do proprio devedor.

Da sentença que abre a fallencia pode o devedor agravar, se não preferir embargal-a, com fundamento no art 8.º do Decr. n. 917, e agravar da sentença proferida nos embargos.

¹ Decr. n. 917, art. 122 § 2.

² Decr. n. 917, art. 123.

³ Decr. n. 917, art. 124.

⁴ Assim decidia o Trib. de Just. de S. Paulo em accordams de 25 de Agosto de 1897, na Revista Mensal, vol. 6, pag. 227, e de 2 de Outubro do mesmo anno, na mesma Revista, vol. 7, pag. 11, dizendo: "o agravo é uma consequência da reclamação feita em tempo, quando desattendida."

⁵ Decr, n. 917, art. 125.

962. Durante o processo da homologação do *accordo extra-judicial* o devedor não pode alienar ou hypothecar seus bens, nem contrahir novas obrigações sem auctorisação do juiz, que procederá ás informações necessarias.¹ Tem aqui inteira applicação o que ficou exposto no n. 952.

SECÇÃO IV

Efeitos juridicos da concordata preventiva

Summario. — 963. Tres ordens de efeitos.

963. Homologada a *concordata preventiva*, delia decorrem importantes efeitos já em relação ao devedor, já em relação aos credores, já em relação aos sócios quando a concordataria é sociedade mercantil.

Na expressão *concordata* preventiva, que empregamos, comprehende-se tanto a formada *judicial* como *extra-judicialmente* (n. 944).

ARTIGO I

Efeitos relativos ao concordatario

Summario. — 964. A concordata preventiva: a) obsta a declaração de fallencia. 965. b) Restitue ao devedor a liberdade contractual. — 966. c) Sujeita o concordatario á commissão fiscal. — 967. d) Liberta o devedor da parte remittida.

¹ Decr. n. 917, art. 129.

964. A *concordata preventiva*, depois de homologada, produz os seguintes efeitos relativamente ao concordatario: 1.º Obsta a declaração de fallencia.¹

1º Cessa, entretanto, este efeito:

a) nos casos de rescisão (ns. 973 e 978).

b) no caso de resolução pelo não cumprimento do accordo (ns. 977 e 978).

965. 2.º Restituo ao devedor a plena liberdade contractual, cerceada durante o processo da formação judicial da concordata preventiva (n. 952), ou durante o processo da homologação do accordo *extra-judicialmente* formado (n. 962).

966. 3.º Sujeita os actos do concordatario á fiscalisação da comissão fiscal (n. 945). A comissão fiscal não pode, porém, intervir de modo algum na execução da concordata, que é acto exclusivo do concordatario.

967. 4.º Se a concordata é remissoria, isenta o devedor de pagar a parte do debito que os credores remittiram ainda que posteriormente adquira bens sufficientes.² Tem aqui inteira applicação o quanto ficou dito no n. 557.

¹ Decr. n. 917, arte. 12 e 128.

² A Lei Belga de 1857 dispõe no art. 25: "Celui qui a obtenu le concordat est tenu, en cas de retour a meilleure fortune, de payer intégralement ses créanciers." Os Cods. Hespanhol (art. 918) e o Argentino (art. 1490) permitem que entre as clausulas concordatarias seja inserida a de regresso á melhor fortuna. Entre nós, na falta de prohibição expressa não ha inconveniente em sua adopção. E', porem, de notar-se que a clausula de regresso á melhor fortuna é muito indeterminada, podendo dar lugar a questões sérias e difficeis de resolver. No Direito Belga a questão está entregue á apreciação dos tribunaes, e é ponto assentado que o devedor nessas condições é aquelle que, conservando meios de existência, adquiriu novos bens sufficientes para pagar aos credores em todo ou em parte. Vide NAMUR, *Le Code de Com. Belge*, vol. 4, n. 2314.

ARTIGO II

Efeitos relativos aos credores

Summario. — 968. A concordata preventiva: a) Obriga a todos os credores chirographarios. Compreensão da lei. — 969. b) Não produz novação.

968. A *concordata preventiva*, depois de homologada, produz os seguintes efeitos relativamente aos credores:

1.º Obriga a todos os credores chirographarios,¹ presentes ou ausentes, conformes ou dissidentes.

Esta concordata só comprehende os credores actuaes, isto é, aquelles existentes ao tempo da sua formação.² Facilmente comprehende-se que a concordata, constituindo um contracto entre o devedor e os credores, não pode abranger os credores futuros.

A falta de pagamento de divida contrahida depois da concordata preventiva auctorisa a abertura da fallencia e consequente rescisão dessa concordata.³

Os credores contestados quando em acção regular forem julgados legitimos não ficam, porém, sujeitos aos efeitos daquella

¹ Decr. h. 917, art. 128.

² A Lei Belga de 1887, art. 23, 1.º al. dispõe expressamente: "L'homologation du concordat le rendra obligatoire pour toas les créanciers; il ne s'applique qu'aux engagements contractés antérieurement à son obtention."

³ Decr. n. 917, art. 128.

concordata; a elles se deve applicar por identidade de razão o disposto no art. 45 § 3 do Decr. n. 917.¹

969. 2.º Não produz novação, e consequentemente não exonera os co-obrigados com o fallido. Applicam-se aqui as mesmas considerações já feitas nos ns. 560 e 561.²

ARTIGO III

Efeitos relativos aos socios, quando a concordataria é sociedade mercantil

Summario — 970. A concordata preventiva não dissolve a sociedade mercantil. —971. Vinculo solidario dos socios.

970. A concordata preventiva obtida pela sociedade mercantil não dissolve esta, e conseguin tem ente não a sujeita ao regimen da liquidação. A sociedade continua na sua vida normal, e com a formação daquella concordata tem simplesmente modificado as suas responsabilidades.

Quando se tracta de fallencia a solução é outra. A fallencia dissolve a sociedade de pleno direito (n. 838), e a concordata em nome da sociedade é impossivel. Só os socios podem formal-a, e, quando mesmo proposta por todos elles e acceita pelos credores, não pode fazer resurgir a sociedade (n. 865).

¹ A Lei Belga de 1887 dá outra solução; sujeita os credores contestados aos effeitos da concordata e manda reservar a parte correspondente aos seus créditos até que seja judicialmente reconhecido o direito dos respectivos titulares.

² Lei Belga de 1887, art. 23, 2.º al. "*Le concordat préventif ne profite point aux codébiteurs, ni aux cautions qui ont renoncé au benéfico de discussion. Il est sans effet relativement: 1,º Aux impôts et autres charges publiques, ainsi qu'aux contributions pour les digues et polders; 2.º Aux créances garanties par dea privilèges, hypothèques ou nantisaements; 3.º Aux créances dues á titre d'aliments.*"

A concordata preventiva, ao contrario, não pode ser proposta pelos socios nem por qualquer dos sócios; só a sociedade deve propol-a (n. 889).

971. Os credores sujeitos aos efeitos da concordata preventiva, formada pela sociedade, suppõe-se renunciarem a obrigação in solidum de cada um dos sócios. O vinculo solidário destes limitar-se-á ás novas obrigações que a sociedade assumir com a concordata preventiva.

SECÇÃO V

Rescisão e resolução da concordata preventiva

Summario.— 972. A concordata preventiva depois de homologada é irrevogável, entretanto em certos casos pode ser rescindida, ou resolvida. — 973. Casos de rescisão. — 974. Por quem pode ser requerida a rescisão. — 975. Processo da rescisão. — 976. A rescisão não pode ter logar depois de cumprida a concordata. — 977. Caso de resolução. — 978. Efeitos da rescisão e da resolução.

972. Homologada a *concordata preventiva* torna-se em principio irrevogavel, como contracto que é.

Não obstante, casos existem em que pode ser *rescindida* ou *resolvida*.

973. Pode ser *rescindida* nos casos seguintes:

a) Por má fé do devedor antes ou depois da homologação.¹

b) Se por culpa ou por negligencia do devedor o activo da massa se deteriorar, de sorte que não possa satisfazer o accordo celebrado.²

c) Se o concordatario for condemnado por crime equiparado á fallencia fraudulenta.³

d) Se o concordatario falta ao pagamento de divida contrahida depois da concordata, e por esse facto incide em fallencia. Vide n. 968.

974. A rescisão nos casos acima pode ser requerida:

a) pela commissão fiscal

b) por qualquer credor.⁴

975. O processo da rescisão é muito simples. E' o mesmo da rescisão da concordata na fallencia.⁵ Vide n. 579.

976. A *rescisão* não pode mais ter logar depois do cumprimento da *concordata preventiva*, pois a rescisão importa em

¹ Decr. n. 917, art. 125, a. O Ac. do Cons. do Trib. Civil e Criminal da Capital Federal de 24 de Maio de 1893 decidiu que não constituam prova de má fé ou fraude por parte do devedor para legitimar a rescisão da concordata: 1.º o facto de não ter concorrido para a formação da concordata os tres-quartos da totalidade do passivo; 2.º o facto de ter sido feita a concordata em Abril e requerida a homologação em Junho contra o disposto no art. 120 que manda requerer a homologação sem demora, pois todos esses factos precederam á decisão homologatória e o credor não fez em tempo a reclamação (O Direito, vol. 63, pag. 37).

Se estes factos não constituem má fé ou fraude para auctorisar a rescisão da concordata, é incontestável entretanto que esta foi julgada contra expressa disposição de lei e podia ser rescindida com fundamento no art. 680 § 2 do Reg. n. 737.

² Decr. n. 917, art. 126, b.

³ Decr. n. 917, art. 84, c.

⁴ Decr. n. 917, art. 128.

⁵ Decr. n. 917, art. 127.

abertura de fallencia e não haveria objecto para esta, porque já se acham liquidados e extinctos o activo e passivo.

Verificados quaesquer dos casos do art 54 do Decr. n. 917 depois de cumprida a concordata preventiva, pode o devedor ser demandado em acção ordinaria para o pagamento integral da divida e seus juros.¹

E' um caso de *anulação especial* da concordata, relativa ao credor que singularmente a promover. Vide quanto se disse nos ns. 586 e 587.

977. Pode ser resolvida a concordata preventiva no caso de não cumprimento do accordo. Tem logar então a abertura da fallencia.²

Qualquer credor tem a faculdade de promover a resolução, cujo processo, embora o Decr. n. 917 o não diga, deve ser o mesmo da rescisão.

978. *Rescindida* ou *resolvida a concordata preventiva*, será declarada aberta a fallencia,³ e os effeitos da rescisão ou resolução não podem ser outros senão os mesmos da rescisão da concordata na fallencia. O que ficou exposto nos ns. 580 a 585 deve ter ao caso toda applicação.

¹ Decr. n. 917, art. 127 em referencia ao art. 49.

² Decr. n. 917, art. 128.

³ Decr. n. 917, arts. 126 pr., e 128.

Capitulo III

DA CESSÃO DE BENS

SECÇÃO I

Synthese historica da cessão de bens Systema do Decr. n. 917

Summario. — 979. A cessão de bens no Direito Romano. — 980. A cessão de bens em nosso direito civil. 981. A cessão de bens nas legislações modernas. — 982. O systema extravagante do Decr. n. 917.

979. Quando fizemos a synthese historica do instituto da fallencia (n. 2), referimos-nos á *cessio bonorum* do Direito Romano, dizendo que este *fleBILE adjutorium*, na phrase de JUSTINIANO, produzia os effeitos seguintes:

1.º evitava ao devedor a infâmia;¹

2.º o libertava da detenção pessoal;²

3.º lhe permittia oppor as acções posteriores promovidas pelos credores a exceptio nisi banis ccsserit,³ que servia para repeli ir a acção se o devedor não tinha adquirido outros bens ou para reduzir a condemnação aos limites dos seus recursos, in quantum facere potest, se a sua situação melhorasse.

¹ L. 11, Cod. 2, 12.

² L. 1. Cod. 7, 71.

³ § 6, Instit. 4, 6.

A *cessio bonorum* não transferia para os credores a propriedade dos bens, mas lhes dava somente o direito de vendel-os. Ella, finalmente, não libertava o devedor senão até á concorrência da importância que os credores obtivessem com a venda.

980. Com este conceito figura a cessão de bens na Ord. do Liv. 4.º Tit. 74, a qual, *porque com o remédio de poder faxer cessão dos bens faziam os devedores malicias e enganos em prejuizo dos credores os quaes se lhe não podiam provar.*

Essa original cessão assignala-se pelos seguintes caracteres typicos:

1.º a transferencia da posse da totalidade dos bens presentes do devedor á massa dos credores;

2.º a *desoneração immediata* do devedor;

3.ºo direito de bonificação conferido á massa dos chirographarios, isto é, a distribuição entre estes das sobras da liquidação.

Ora, esta criação legal cora a força de exonerar *immediatamente* o devedor de todas as suas responsabilidades não é, como se ve, a cessão de bens clássica. Não é também o *datio in solutum*, pois o Decr. n. 917 fala de transferencia da posse e não da propriedade, e, comquanto permittisse aos credores se enriquecerem á custa do devedor que lhes abandonasse quanto possuisse para os pagar, teve a cautela de chamar a isso *bonificação*.

Não ha verdadeira *transmissão de propriedade* pois que se assim fosse desde o momento em que ella su realisasse, com o julgamento definitivo da cessão, desapareceria toda a intervenção judicial. E' justamente o contrario que se dá: admittida a cessão, entra-se na liquidação judicial que o Decr. n. 917 também *chama contracto de união* (art 136). A *cessão de bens* conferindo aos credores um *direito de*

posse sobre a totalidade dos bens do devedor e confiando-lhes a liquidação, torna-os administradores *in rem suam*.

Tudo isso ainda seria toleravel se a *cessão* emergisse da livre convenção do devedor com os credores. Por inexplicável aberração, porém, os credores tornam-se simples espectadores desta comedia que se passa nos tribunaes! O magistrado, em regra, sem conhecimento technico especial, ouvindo uma commissão nem sempre honesta, é quem tudo decide, é quem força os credores a se sujeitarem á vontade do devedor!

Se nos puros principios de direito não se pode justificar a *moratoria* pela alteração que traz nos prazos e effeitos juridicos dos contractos independentemente da vontade livre dos contractantes (n. 898), que dizer de uma tal *cessão de bens*?

Hoje que os direitos privados se exercem na plenitude de sua independencia, não se comprehende essa intervenção judicial modificando profundamente os principios fundamentaes do direito das obrigação substituindo a vontade dos credores pelo arbítrio do Juiz.

A *cessão de bens* priva a massa do concurso precioso do devedor na liquidação; elle, desonerado, fica um extranho. Entretanto um dos argumentos mais fortes era favor da concordata é permittir ella que se tirem todos os recursos possiveis da intelligencia, actividade e permanencia do devedor no negocio. Ha liquidações impossiveis de ser realisadas sem a intervenção daquelle que fez os negocios, que presidiu e regulou a sua execução.

Os resultados da experiencia da nossa legislação de fallencia ahi estão clamando fortemente contra esse desastroso invento, terror do credor honesto, asylo da fraude, desmoralisação do commercio, borrão em uma lei de paiz de cultura juridica. Vide nota 3 pag. 13 do 1.º vol.

Alem de insustentável perante o direito a tal cessão de bens originalidade do Decr. n. 917, bem apurados os principijs se reconheceria nella um lado inconstitucional. A Constituição Federal garante a propriedade em toda a sua plenitude (art. 72 § 17), e a cessão da bens espolia o credor, libertando o devedor do cumprimento integral da obrigação, isto é, subtrahindo direitos componentes do patrimonio do credor, atacando a sua propriedade.

Nem justifica esse procedimento a boa fé que possa invocar o do devedor. As consequencias da boa fé não devem ir tão longe, e o proprio Decr. n. 917 não descarregou da inteira responsabilidade civil o fallido judicialmente reconhecido de boa fé, o fallido casual. Porque?

SECÇÃO II

Conceito e condições fundamentaes da cessão de bens

Summario. — 983. Conceito da cessão de bens na economia do Decr. n. 917.— 984 Condições essenciais para a procedência da cessão de bens: a) firma inscripta. — 985. b) Ausência de protestos ou dilação de 48 horas depois do protesto. — 986. e) Boa fé, seu conceito e prova.

983. A *cessão de bens*, na economia do Decr. n. 917, consiste na immisão judicial dos credores na posse da totalidade dos bens presentes do devedor de boa fé, para que, exonerado este desde logo da toda responsabilidade, os ditos credores liquidem os bens cedidos e pelo producto delles se paguem.

Segundo este systema:

1.º A cessão de bens é auctorizada pelo juiz não depende do consentimento livre dos credores em determinada maioria nem mesmo quando a ella se opponham em unanimidade.

Os credores, por meio da commissão de syndicancia, que é escolhida dentre elles (n. 989), ou mesmo singularmente como partes interessadas no debate que o relatorio dos trabalhos desta commissão pode provocar, apenas intervêm para esclarecer o espirito do juiz que tem de apreciar a boa fé do devedor.¹

2.º A *cessão de bens* confere aos credores a posse sobre o patrimonio do devedor² e a administração *in rem suam* (n. 982).

A massa dos credores é formada originando-se das mesmas causas expostas no n. 191 e produzindo os mesmos effeitos declarados no n. 198; ella elege os seus representantes e estes procedem á liquidação do activo e passivo.

3.º A *cessão de bens* deve ter por objecto a *totalidade* dos bens presentes do devedor, mas, está claro, bens que estejam sujeitos a ser arrecadados no caso de fallencia.

4.º A *cessão de bens* exonera o devedor de toda a responsabilidade, ou melhor, importa quitação plena. Os bens futuramente adquiridos ficam libertos da acção dos credores. E' o que dispõem o art. 131 pr. verbis: "*e o desonerem de toda responsabilidade, e o art. 137: a cessão dos bens importa quitação ao devedor.*"

¹ Ac. Da Rel. Do Estado do Rio, de 14 de novembro de 1895, *n' O Direito*, vol 77, pag. 410.

² O Decr. n. 917 exprime-se nestes termos:

Art. 131: "Ao devedor. . é permittido... requerer... a immissão de seus credores na posse da totalidade dos bens presentes...";

Art. 135: "...o juiz... julgará definitivamente a cessão dos bens ficando desde logo os credores immittidos na posse delles...".

5.º s sobras da liquidação distribuem-se aos credores chirographarios na proporção de seus créditos, a titulo de bonificação.¹

984. Para evitar a declaração de fallencia por meio da cessão de bens e liquidação judicial, exige o Decr. n. 917 as seguintes condições essenciaes:

1.º Que o devedor tenha a firma inscripta no respectivo registro.² Sobre este requisito vide n. 890.

985. 2.º Que o devedor se apresente em juizo requerendo a medida:

a) antes de interposição de protesto por falta de pagamento de obrigação mercantil liquida e certa em condições de auctorisar a declaração de fallencia;

b) ou dentro de 48 horas precisas depois desse protesto.³ Esses prazos são de rigor, peremptorios. Não se tracta de prazos confiados ao arbitrio da auctoridade judiciaria, mas sim de termos precisos, essenciaes, que tendem especialmente a impedir que o dolo e a incúria possam prolongar sem necessidade uma situação excepcional tolerável somente na medida indispensável.

986. 3º Que o devedor procedesse de boa fé⁴. E' o esteio da cessão de bens; é o seu elemento vital.

Qual o conceito desta boa fé? a quem incumbe a sua prova?

¹ Decr. N. 917, art 137 parag. 2.

² Por Ac. De 15 de Outubro 1895, julgou o Trib. de Just. d. S Paulo que o socio commanditario, embora nao possa praticar acto algum de gestao nao está inhibido de requerer a cessão de bens para evitar a falencia (Gaz. Jurid. de S. Paulo vol 11, pag. 102). A doutrina deste Ac. é insustentável. Vide n. 889.

³ Decr. N. 917, art 131.

⁴ Decr. n. 917, art. 133 "averiguação sobre a boa fé do devedor"; art. 135 "verificada a boa fé do devedor"; art. 137 "Verificado... que o devedor não procedeu com lizura e probidade"

Para determinar a boa fé do devedor commerciante, já dissemos no n. 888, não ha critério mais seguro do qae verificar se no caso de fallencia o devedor incorreria na qualificação culposa ou fraudulenta (art 79 do Decr. n. 917), ou em crimes a ellas equiparados.

Só aquelle cuja impossibilidade de pagar procede de accidente casos fortuitos ou força maior, ou que não tem contra si nenhuma circumnstantia que possa levar a fallencia á qualificação de culposa ou fraudulenta (art 79 a do Decr. n. 917) ou que não incorre em crime a ellas equiparado, pode gosar o beneficio da *cessão de bens*.

O juiz tem um poder discrecionario de apreciação dessa boa fé; ou melhor, a verificação desse elemento substancial da cessão de bens cabe á livre e inteira apreciação do juiz¹. Elle não está adstricto á opinião da commissão de syndicancia², nem á vontade ou parecer dos credores, ainda em unanimidade.

A homologação é, como se sabe, a aprovação ou confirmação que se obtém por sentença de um acto de natureza privada; não cria direito novo, não confere novo titulo; não faz mais do que dar força e activar o direito de execução do referido acto.

Ora, é muito outra a intervenção do juiz na cessão de bens,- o parecer da commissão constitue um meio de prova, como se fosse uma vistoria ou um exame perital; o juiz ouve ainda os credores em assembléa; não se lhe pode negar o direito de determinar novas

¹ Ac. do Superior Trib. de Just. do Maranhão, de 4 de Fevereiro de 1896, na Revista de Jurisp., vol. 1, pag. 51; Ac. da Relação do Estado do Rio de Janeiro, de 14 de Novembro de 1895 *n'0 Direito*, vol. 77, pag. 410.

² o Trib. de Just. de 8. Paulo em constantes accordams usa a expressão homologar a cessão de bens; e nos Acs. de 23 de Janeiro de 1894 (Gax. Jurid., vol. 5 pag. 189), de 27 de Agosto de 1898 (Revista Mensal, vol. 9, pag. 195) e de 6 de Setembro de 1898 (Revista Mensal, vol. 9, pag. 275) decidiu que o unico meto de provar a boa fé é o exame da commissão de syndicancia. Não ha doutrina mais errónea e absurda do que esta, que leva o poder judiciário a abdicar de suas nobilíssimas attribuições para se tornar referendário da opinião de uma commissão que nem sempre procede com honestidade.

diligencias tendentes a illustrar o seu espirito e a firmar a sua convicção; pode interrogar o devedor, e somente depois deste processo instructivo é que julga procedente ou não a cessão. E' portanto uma verdadeira sentença proferida em causa de jurisdição contenciosa, e que assume a força de cousa julgada.

Em nosso antigo direito (Ord. Liv. 4, Tit. 74 pr.) a prova da boa fé devia ser feita pelo devedor que pretendia a cessão; mas no systema do Decr. n. 917 esta prova não é directa e formalmente adduzida pelo commerciante. Apresentando elle com a sua petição os livros, o balanço, a relação do activo e títulos de propriedades (n. 987), tem ao mesmo tempo posto á disposição do juiz e dos credores todos os elementos para a verificação da boa fé. A' vista desses, documentos procede a commissão de syndicancia ás necessárias averiguações para que o juiz se convença da boa fé do devedor.¹

A nossa jurisprudência sempre pobre não offerece grande subsidio; em todo o caso toi julgado que:

1.º Constitue má fé, impedindo a cessão de bens, o facto de o devedor com conhecimento pleno que de ha muito tinha do seu estado de insolvência, dias antes de requerer a cessão de bens, fazer compra a prazo de mercadorias, illudindo a boa fé do vendedor, augmentando com bens alheios um activo muito inferior a avultadíssimo passivo (Ac. do Trib de Just de S. Paulo, de 13 de Outubro de 1893, Gazeta Jurídica de S. Paulo, vol. 3 pag. 378).

2.º Não pode obter cessão de bens o commerciante que fez jogo com letras de favor, acceitas por firmas commerciaes com o fim de fazer suppor, com o gyro de taes titulos na praça, que em carteira tinha

¹ O Trib.de Just. de S. Paulo, em Ac. de 2 de Maio de 1896, decidiu que ao negociante é que cabia provar a boa fé e lisura do seu procedimento para obter a cessão (Revista Mensal, vol. 3, pag. 167). De que modo fazer essa prova? Esse accordam consagra doutrina contraria a do Decr. n. 917, e está em opposição á outros do mesmo tribunal.

mais valores que os reaes (Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 11 de Outubro de 1893, Gazeta Jurídica de S. Paulo, vol. 3 pag. 378).

3.º Nega-se a cessão de bens quando ha contradicção manifesta entre o que consta dos livros e a escriptura de distracto da sociedade (Ac. do Trib. de Just de S. Paulo de 2 de Maio de 1896, na Revista Mensal, vol. 3 pag. 166).

4.º Constituem em ma fé o devedor e tornam impossível a cessão: — a formação de uma sociedade com capital ficto sendo o real muito menor por não terem os commanditarios integralizado as suas quotas; o atrazo da escripturação que não permite a organização de um balanço exacto; a falta de lançamento de pagamentos feitos na véspera do requerimento da cessão; a retirada apressada dos sócios commanditarios nas proximidades de se requerer a cessão apresentando-se depois como credores; compras exageradas, despesas enormes e déficit, sem explicação, na caixa (Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo de 16 de Dezembro de 1895, na Gazeta Jurídica de S. Paulo, vol. 10 pag. 83).

SECÇÃO III

Rito processual da cessão de bens

Summario. — 987. Petição para a cessão de bens, seus requisitos. — 988. Despacho do juiz. — 989. A comissão fiscal, numero de seus membros. — 990. Suas attribuições. — 991. Convocação dos credores. — 992. Assembleia de credores e seus trabalhos. — 993. Recurso da sentença que julga a cessão de bens. — 994. Recurso da que nega a cessão de bens.

987. O devedor que pretende fazer cessão de bens a seus credores deve dirigir-se, por meio de petição, ao juiz do commercio com ; jurisdição na sede do seu principal estabelecimento (n. 892), expondo o estado de seus negócios e provando desde logo que a sua firma se acha devidamente registrada (ns. 890 e 984) e que nenhuma obrigação de sua responsabilidade fôra levada a protesto por falta de pagamento ou que este protesto fôra interposto ha menos de quarenta e oito horas (ns. 985), requerendo, para evitar a declaração de fallencia, a imissão dos credores na posse da totalidade dos bens presentes para que por elles se paguem e o desonerem de toda responsabilidade.¹

A' petição junctará:

1.º Os livros commerciaes. A expressão genérica da lei dá a entender que são não só os livros indispensáveis como os facultativos.

2.º O balanço exacto do activo e passivo.

3.º A relação individualizada do activo e os títulos de propriedade.

4.º A relação nominal dos credores, indicando o domicilio de cada um delles, a natureza dos títulos e o importe de cada credito.

988. Verificando que a petição se acha instruída com os documentos precisos, o juiz mandará distribuil-a e autoal-a com estes documentos, encerrará os livros, ordenará o deposito delles em mão do escrivão, nomeará uma commissão de syndicancia² para os fins expostos, no n. 990, e convocará os credores para dia que designar.

989. A commissão de syndicancia será composta de dois ou três credores³. O juiz não pode escolher pessoas extranhas. Abusiva, immoral e digna de severa repressão é a praxe que vae sendo introduzida

¹ Decr. n. 917, art. 131.

² Decr. n. 917, art. 133.

³ Decr. n. 917, art. 133.

da nomeação de advogados para membros dessas commissões. Isso tem concorrido para a desmoralisação do nobre sacerdócio da advocacia, que se converte era agencia de negócios nem sempre lícitos, e para o descalabro das liquidações commerciaes sob a protecção da justiça. O credor honesto, e de boa fé é o único que perde. A disposição da rei é imperativa; só o credor, em virtude dos interesses que tem, pode constituir a commissão de syndicancia; a nomeação de extranho é motivo bastante para nullidade.

990. Esta commissão de syndicancia desempenha missão muito espinhosa, tendo a seu cargo bem difficil tarefa. Por isso mesmo é grande a sua responsabilidade.

O Decr. n. 917 encarrega-a de:

1.º Tomar posse provisória dos bens do devedor¹.

A commissão de syndicancia fica investida da administração dos bens do devedor, e neste character lhe incumbem attribuições identicas ás dos syndicos provisórios da fallencia.

Assim:

a) antes de entrar em exercício devem os seus membros assignar termo de fieis depositários e administradores (n. 415);

b) devem desempenhar pessoalmente as suas funcções (n. 416);

e) a commissão administra e representa a massa dos credores durante o período de syndicancia. Esta administração é meramente conservatoria, e entre os poderes de administrar estão comprehendidos os de praticar todos os actos conservatórios de direitos e acções, de cobrar dividas activas, de proceder á venda de géneros e mercadorias de fácil

¹ Decr. n. 917, art. 133.

deterioração, de remir penhores e antichreses, e mais actos que se acham enumerados nos ns. 445 a 454, cuja matéria cabe aqui no que for applicavel.

2.º Proceder ás necessárias investigações sobre a boa fé do devedor e sobre este assumpto dar relatório com o seu parecer circunstanciado¹.

A commissão de syndicancia deve proceder a novo balanço ou verificar o que o devedor apresentar por meio de exame de livros procedido por peritos de sua confiança e sob sua responsabilidade, e não se limitar a dar um mero e não fundado parecer pessoal².

3.º) Preparar a lista dos credores para servir de base á verificação provisória de créditos na reunião de credores, e afim de se proceder eleição de syndicos e da commissão fiscal no caso de ser admittida a cessão e formado o contracto de união.

991. A convocação dos credores far-se-á na forma exposta no n. 469.

992. No dia, hora e logar designados reunir-se-ão os credores, sob a presidência do juiz, applicando-se a este o que consta do n. 471.

O escrivão fará a chamada pela lista organizada pela commissão de syndicancia (n. 990, 3.º).

Os credores poderão se representar na forma dita no n. 425. Passando-se á ordem dos trabalhos proceder-se-á:

Em primeiro logar á verificação de créditos, da qual já nos occu-pamos nos ns. 476 a 483.

¹ Decr. n. 917, art. 133.

² Ac. do Trib. de Just. de S. Paulo, de 13 de Outubro de 1893, na Gaz.Jurid. de S. Paulo, vol. 3, pag. 378.

Em segundo logar a commissão de syndicancia apresentará o relatório de seu trabalho.

O juiz abrirá o debate sobre esse relatório, podendo tomar parte na discussão o devedor e quaesquer credores.¹

O debate deve versar sobre a boa ou má fé do devedor, sobre a lizura e probidade com que elle se houve no commercio.

Findo o debate, o juiz:

a) Se verificar a boa fé do devedor, julgará por sentença a cessão de bens, ficando desde logo os credores na posse destes.

Este julgamento importa a formação do contracto de união para a liquidação definitiva do activo e passivo².

b) Se o juiz reconhecer má fé por parte do devedor, negará a cessão e ao mesmo tempo declarará aberta a fallencia ficando convertida a posse provisória dos bens em arrecadação³.

Em terceiro logar, formado o contracto de união pelo julgamento da cessão, os credores elegerão os syndicos definitivos e a commissão fiscal nos termos dos ns. 596 e 610⁴.

De tudo o escrivão lavrará acta circunstanciada que será assignada pelo juiz, pelo cedente e pelos credores que quizerem⁵.

993. Da sentença que julgar a cessão de bens cabe a qualquer credor aggravar de instrumento para o superior competente⁶.

¹ Decr. n. 917, art. 135.

² Decr. n. 917, art. 136.

³ Decr. n. 917, art. 135.

⁴ Decr. n. 917, art. 136.

⁵ Decr. n. 917, art. 145.

⁶ Decr. n. 917, art. 135 § único. Este § unico diz: 'Da acceitação da cessão haverá aggravamento...'. O vocábulo acceitação significa o julgamento final do juiz ao pedido do devedor para a effectiva cessão de bens deste e a consequente quitado de sua divida. Ac.

Este agravo não embaraça a nomeação dos syndicos e da commissão fiscal, nem suspende as funções e attribuições destes, pois, quando provido o recurso, viria a fallencia.

O provimento do agravo, pode-se assim dizer, traria um só efeito apreciável: obstar a exoneração do devedor, que uma vez fallido, ficaria captivo á sorte da liquidação.

994. A sentença que denega a cessão de bens é a mesma que abre a fallencia do devedor, e então della cabe agravo com fundamento no art 8.º do Decr. n. 917¹.

SECÇÃO IV

Efeitos da cessão de bens

ARTIGO I

Relativamente ao devedor

Summario. — 995. A cessão de bens importa quitação, mas não evita que o devedor de má fé seja obrigado a pagar integralmente a divida e punido criminalmente.

do Trib. da Rel. do Estado do Rio, de 14 de Novembro de 1895, n'º Direito, vol. 77, pag. 410.

O Trib. De Just. De S. Paulo, em Ac. de 15 de Outubro de 1895, julgou que podia agravar da sentença que julga a cessão o credor não contemplado pelo devedor cedente e que mantém acção em juízo (Gaz. Jurid. de S. Paulo, vol. 11, pag. 102).

¹ O Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. de 27 de Agosto de 1898, julgou que a decisão que não concede a cessão e abre por esse motivo a fallencia pode produzir damno irreparável e auctorisa por isso o agravo com fundamento no § 15 do art. 669 do Regul. n. 737 (Revista Mensal, vol. 9, pag. 195).

O fundamento deste accordam parece não ser legal; o agravo é auctorisado pelo art. 8 do Decr. 917 em razão do que dissemos no n. 994.

995. A cessão de bens definitivamente julgada por sentença exonera o devedor de toda a responsabilidade; importa quitação plena, e evita, portanto, a declaração da fallencia ¹. Vide n. 982.

Entretanto:

a) Verificado em qualquer tempo que o devedor não procedeu com lizura e probidade, os credores poderão accional-o para pagamento integral da divida e seus juros².

b) A cessão de bens não obsta á formação da culpa do devedor por actos de fraude praticados em prejuízo dos credores e puniveis segundo a legislação penal³.

ARTIGO II

Relativamente aos credores

Summario. — 996. Formação do contracto de união e seus effeitos. — 997. Como se procede á liquidação do activo e passivo.

996. Julgada por sentença a cessão de bens é formado o contracto de união, para a liquidação do activo e passivo, e decorrem desde então para os credores todos os effeitos que relativamente a estes produz a fallencia.

Assim elles se constituem em massa, se syndicam, ficam com as suas acções singulares suspensas, os seus créditos tornam-se desde logo vencidos e contra a massa não correm juros se ella não chega para o pagamento do principal.

¹ Decr. n. 917, arts. 131 e 137 pr.

² Decr. n. 917, art. 137 § 1.

³ Decr. n. 917, art. 138.

Tracta-se, em summa, da própria fallencia no segundo período, mas sem fallido.

997. Na liquidação do activo e passivo devem ser observadas, pois, todas as regras expostas nos ns. 625 a 637, 638 a 667, havendo apenas a seguinte modificação feita pelo art. 137 § 2.º do Decr. n. 917: — as sobras da liquidação, depois de pagos integralmente todos os credores, serão distribuídas como bonificação aos chirographários na proporção de seus créditos.

ARTIGO III

Relativamente á sociedade e aos sócios

Summario. — 998. Dissolução da sociedade. Exoneração dos sócios solidários.

998. Aceita a cessão de bens pelo juiz, é formado o contracto de união para liquidação definitiva do activo e passivo ¹. Se a cedente é sociedade commercial, fica esta de pleno direito dissolvida, pois tem de ser feita a sua liquidação.

Exonerada a sociedade de toda a responsabilidade em virtude da cessão dos bens, exonerados também ficara os sócios solidários. A qualidade destes sócios não é a de simples co-obrigados; offerece antes um character de garantia. Quitado o devedor principal, libertos ficam os garantidores.

¹ Decr. n. 917, art. 136.

PARTE TERCEIRA

DA QUALIFICAÇÃO DA FALLENCIA. MATÉRIA PENAL EM RELAÇÃO À FALLENCIA E AOS MEIOS DE PREVENIR A SUA DECLARAÇÃO

Introdução

Considerações Geraes

Summario. — 999. Os effeitos penaes da declaração da fallencia. Punição dos actos de improbidade contra os credores, tanto na fallencia como nos meios preventivos de sua declaração. - 1000. Natureza jurídica dos crimes originados da culpa ou fraude do devedor. Os nossos Cods. Criminal de 1830, Commercial de 1850 e o Decr. n. 917. — 1001. A penalidade na fallencia das sociedades commerciaes. - 1002. Applicação das regras fundamentaes do Cod. Penal. — 1003. Interpretação nessa matéria. — 1004. Defeitos do Decr. n. 917.

999. Por occasião de estudar os effeitos jurídicos da sentença declaratória da fallencia referimo-nos aos effeitos de ordem publica ou penal, dizendo que a fallencia, assim como podia proceder da má fortuna do devedor, era bastas rezes filha da culpa ou dolo, surgindo d'ahi a necessidade de serem verificados os actos culposos e fraudulentos imputados ao devedor e a seus cúmplices (n. 188).

Quando mesmo a culpa e a fraude, principalmente esta, não se manifestassem durante o exercício do commercio do devedor, podiam, no desdobramento da fallencia, apparecer desassombradas violando os direitos dos credores, perturbando os fins a que visa aquelle instituto, se a lei não garantisse o supremo principio da por conditio com a imposição de penas áquelles que não se portassem com probidade e boa fé, fosse o fallido, fosse terceiro, mesmo não commerciante, com elle ajustado.

Não é só na fallencia que são punidos os devedores e outras pessoas achadas em culpa ou fraude; na concordata preventiva, na moratória e na cessão de bens, remédios preventivos da declaração de fallencia, a lei também impõe penas áquelles que praticam actos de improbidade contra os credores.

Assim procede a lei não só em attenção ao prejuizo directo soffrido pelos que se acham em relações com o devedor, e sob esse ponto de vista porque se dá uma offensa ao direito de propriedade de terceiros, mas principalmente em attenção ao damno indirecto, immediato, que se manifesta no alarme que o desastre financeiro de devedor sempre produz, alarme que, diminuindo ou abalando a fé nos commerciantes, enfraquece ao mesmo tempo o desenvolvimento do commercio e prejudica immensamente o bem estar económico da nação ¹.

1000. A natureza jurídica dos crimes a que a culpa ou a fraude do devedor dão origem ainda não está bem definida na doutrina e nem assentada nas legislações ².

¹ Entre nós foram sempre raras as applicações das penas da fallencia culposa e fraudulenta. As maiores fraudes passam pelos tribunaes como se fossem actos muito licítos, e as sentenças judiciaes sobre essa matéria não podem offerecer elementos para firmar doutrina nenhuma, pois os pretextos mais frívolos são invocados para justificar os crimes dos fallidos e seus cúmplices.

Dizia-se na vigência do Código Commercial que a raridade da effectiva applicação daquellas penas era devida ao excesso dellas. (CONS. OLEGÁRIO, Exame Critico, n'º Direito, vol. 1, pag. 12). O novo Código Penal abrandou-as; entretanto, não andamos longe da verdade affirmando que desde 1890 até hoje não houve no Brasil uma condemnação em fallencia culposa ou fraudulenta ou actos a ellas equiparados!

² Vide FRANZ VON LISZT, Tratado de Direito Penal, trad. JOSÉ HYGINO, vol. 2, pag. 285. VAN SWINDEREN, na sua Esguisse du Droit Penal Actuel dans les Pays-Bas et à l'Etranger, vol. 2, pag. 416, escreve: "La faillite doit être rangée parmi les prohibés

Quasi todas as legislações denominam bancarrota o estado do commerciante fallido a quem possam ser imputados actos de negligenncia, de imprudência, de desordem ou de fraude, e qualificam crime essa bancarrota¹.

O nosso Código Criminal de 1830, publicado antes do Código Commercial, considerava crime tão somente a bancarrota que fosse qualificada de fraudulenta na conformidade das leis do commercio e mandava impor as mesmas penas deste crime aos cúmplices (art. 263). A

envers les créanciers et non parmi les fraudes, par ce qu'il embrasse des cas dignes de peine qui ne se commettent pourtant pas frauduleusement et par ce que les cas, dans les quels il s'agit de fraude, se rapportent tons au créanciers et a, ceux-ci à Fexclusion d'autres".

Para PESSINA, Elem. di Dir. Penal, vol. 2, Liv. 2, n. 2; Secc. II § IV, esses crimes devem ser collocados entre os crimes contra a economia publica, isto é, contra a vida económica do Estado.

CARRARA, Programma, vol. 7, § 3404, alistam-nos entre os crimes sociaes contra a fé publica.

O Cods. Francez e Belga incluem a bancarrota entre os crimes contra a propriedade e entre as differentes espécies de fraude. Os antigos Códigos das Duas-Sicílias e o da Sardenha de 1859, entre os crimes contra o commercio.

¹ O Cod. Com. Francez emprega essa denominação de bancarrota (banqueroute), e divide-a em bancarrota simples, que constitue um delicto da competência dos tribunaes correccionaes, e bancarrota fraudulenta, que é um crime da competência da cour d'assises.

Muitas leis estrangeiras admittem ad-instar da lei franceza a bancarrota simples e a bancarrota fraudulenta. Entre outras a Bélgica (Cod. arts. 573, 575 e 577), a Italia (Cod. art. 856 e 860), a Allemanha (Lei de 1877, art. 208 a 212), a Áustria (Lei, art. 486). O Cod. Com. Hespanhol de 1829 distribuía a fallencia em cinco classes, a cada uma das quaes eram impostas penas diversas. O Código de 1885 reduziu-as a três: a 1.ª — suspensão de pagamentos e insolvabilidade casual, que escapa á qualquer punição (arts. 886 e 887); a 2.ª — insolvabilidade culposa, correspondente á nossa fallencia culposa (arte. 1005 e 1006); a 3.ª — insolvabilidade fraudulenta e alzamiento, isto é, subtracção fraudulenta do activo acompanhada da fuga do fallido, correspondente á nossa fallencia fraudulenta.

Na Rússia, distinguem-se: a fallencia infeliz, a qual não constitue crime; a fallencia imprudente, que corresponde á nossa culposa; e a bancarrota que é a nossa fallencia fraudulenta.

Na Inglaterra não ha, propriamente fallando, fallencia culposa nem fraudulenta, nem mesmo a denominação de bancarrota para caracterisar esses crimes.; existem tão somente penas corporaes, vestígios da antiga detenção pessoal, impostas, contra os fallidos indignos, pelo The debtors act, 32 & 33. Vict. chap. 62, ao qual o Bankruptcy Act, J 1883, se refere em muitas disposições.

O Cod. Com. da Republica Argentina estabelece a quiebra cm culpa (art. 1540) e a quiebra fraudulenta (art. 1547).

O Cod. Com. Português classifica a quebra de casual, culposa ou fraudulenta (art 735).



bancarrota era alistada entre os crimes contra a propriedade (Tit III da Parte II)¹.

O Código Commercial, promulgado em 1850. banii a expressão bancarrota² e, seguindo a inspiração dos Códigos Hespanhol e Portuguez, adoptou a fallencia tripartida em casual, culposa e fraudulenta (art 798), enumerando os casos qualificadores de cada uma destas figuras (arts. 799 a 802), taxando a pena da fallencia culposa em quanto no Código Criminal outra não fosse determinada (art. 821), e finalmente definindo as hypotheses da cumplicidade na fallencia fraudulenta (art. 803).

O Decr. n. 917 seguiu o systema do Código Commercial desenhando as figuras das fallencias culposa e fraudulenta, mas o ampliou, estabelecendo outras figuras de crimes que podem apparecer durante o curso do processo da fallencia e nos remédios que creou para evitar a declaração desta. O Decr. n. 917 doixou a taxa da penalidade desses crimes á tarefa do Código Penal³, o qual, publicado no mesmo anno que elle, incluiu a fallencia culposa e a fraudulenta (art 336) entre os crimes contra a propriedade publica e particular (Capitulo II do Titulo XII do Livro 2.º).

1001. O Decr. n. 917, quando se occupa da parte penal, não se refere directa ou indirectamente ás sociedades commerciaes, e estas como personalidade jurídica não estão sujeitas á penalidade. Aplicar-se-

¹ O legislador penal de 1830 estava influenciado pelas idéas da Ordenação Liv. 5 tit. 66 mandada observar pelo Alvará de 13 de Novembro de 1756. Esta Ord. considerava os mercadores, cambiadores ou seus feitores, quando praticassem determinados actos denunciativos da fraude ou dolo, como públicos ladrões, roubadores, e mandava castigal-os com a mesma pena por que se castigavam os ladrões públicos.

² A palavra bancarrota desapareceu assim das nossas leu. Vide o que dissemos a esse respeito no n. 38 e nota 4, pag. 40 do 1.º vol.

³ Era esse o systema do antigo Código Mano O actua Cod. Com.-Italiano. define a figura da bancarrota e determina a pena applicavel. VIDARI applaude este feliz expediente (Corso, vol. 9, ns. 8948 e 8949).

O cod Com. Argentino deixa ao Código Penal a determinação da pena.

á, porém, na fallencia das sociedades commerciaes disposto no art 25 § único do Código Penal: "Nos crimes em que tomarem parte membros de sociedade, a responsabilidade penal reca-hirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso".

1002. Comquanto o Decr. n. 917 fale somente da cumplicidade na fallencia fraudulenta, applicando-lhe em toda a extensão e efeitos as regras do Código Penal (n. 1028), nos crimes que são descobertos por ocasião da fallencia ou dos meios preventivos de sua declaração, praticados quer pelo devedor quer por terceiro, prevalecem todas as normas geraes e fundamentaes do Código Penal, e, muito especialmente, as relativas ao concurso de circunstancias aggravantes e attenuantes e á graduação das penas, desde que não ha disposição legal contraria a esse respeito.

Estamos incontestavelmente em território do direito penal, comquanto muito invadido pela lei commercial em virtude da especialidade do assumpto, que exige, para a sua boa determinação e intelligencia, elementos technicos que só esta lei pode dar.

1003. Em matéria penal toda a interpretação deve ser restrictiva. O Código Penal, na 2.º parte do art 1.º, dispõe nestes termos: a interpretação- extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes ou applicar-lhes penas.

E' esse o processo de interpretação que, relativamente á parte penal das fallencias e dos meios de prevenir a sua declaração, deve ser applicado. Os casos definidos em lei são todos taxativos e importam a exclusão de quaesquer outros ainda mesmo equivalentes ou semelhantes.

1004. Entramos no estado de uma das partes mais defeituosas do Decr. n. 917. No Titulo em que elle tracta da classificação da fallencia e dos crimes que della decorrem (arts. 77 a 85) não se podia ser mais infeliz. Não se encontra ahi nenhum systema, nem orientação

segura, e pelas malhas de suas normas passam impunes as maiores fraudes.

Mereceria uma apreciação muito demorada tão importante assumpto, o que aqui não nos é dado fazer, pois fugiria elle do quadro traçado para este livro. Em todo o caso serão expostas com brevidade todas as regras que se encontram no Decr. n. 917.

SECÇÃO I

Qualificação da fallencia

Summario. — 1005. Idéa geral sobro a qualificação da fallencia

1005. O Decr. n. 917, seguindo o systema adoptado pelo Codigo Commercial, manda qualificar a fallencia, isto é, ordena que o juiz commercial, por provocação do curador fiscal das massas fallidas, verifique e determine por sentença a natureza da fallencia e assim declare a innocencia do devedor ou estabeleça a sua culpa ou fraude.

A qualificação da fallencia é, pois, um verdadeiro juízo de instruc-ção criminal], tendo regras e formas especiaes. Até ahi intervém o próprio juiz da fallencia, e se o fallido é declarado em culpa ou fraude começa então a competência do juiz criminal.

A qualificação da fallencia parece ser uma instituição condemnada, pois não apresenta o menor resultado pratico. Basta attender-se a que no regimen do Decr. n. 917 ella não tom a menor influencia no processo commercial da fallencia, do qual se divorciou, e, qualquer que seja, não obsta ao fallido gosar de todos os favores que era regra deviam ser reservados aos commerciantes de boa fé e infelizes.

ARTIGO I

Tríplice qualificação da fallencia

Summario. - 1006. Forma" qualificativas da fallencia. - 1007. Systema casuístico do Decr n. 917. — 1008. A culpa e a fraude elementos alternativos e elementos concorrente" dos delictos que surgem na Meneia. — 1009. Pena" da fallencia culposa e fraudulenta.

1006. A fallencia será qualificada:

- a) casual;
- b) culposa; ou
- c) fraudulenta¹

1007. O Decr. n. 917 não define em breves termos cada uma dessas formas qualificativas da fallencia; segue o systema casuístico, enumerando taxativamente os diversos factos que caracterizam a fallencia culposa e a fraudulenta, e deixando, por um processo de eliminação, determinada a fallencia casual.

Tem-se evitado nessa matéria as definições amplas que cabem melhor no quadro da doutrina. Achamo-nos em domínios do direito penal (n. 1002), e é necessário especificar miudamente os factos puníveis para que não passem incólumes actos, fraudulentos, desde que a interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes (n. 1003).

¹ Decr. n. 917, art. 79.

Examinando-se, entretanto, a figura da fallencia culposa e a da fraudulenta reconhece-se que a lei quiz naquella somente punir os factos ou omissões que constituem leviandade, imprudência, falta de cautela na defesa de interesses alheios, e nesta os factos ou omissões onde sei salienta a perversa intenção de prejudicar os credores, isto é, o dolo, a consciência de praticar uma acção prohibida, ou melhor, de violar a lei. Essa ultima figura criminosa assume o aspecto ante-social e ante-jurídico de uma verdadeira espoliação¹, um crime que, na phrase de RENOUARD, "participe du vol, et offre de nombreuses affinités avec le faux; que tue la confiance et le crédit, trouble le commerce, et a soaf vent offert le spectacle corrupteur d'une richesse mal acquise insultai" aux misères qu'elle a créés"².

1008. A culpa e a fraude são elementos alternativos ou elementos concorrentes das figuras de crimes que surgem na fallencia.

Ha, porém, a notar-se que quando aquelles dois elementos concorrem, o crime mais grave absorve o mais leve, e assim a fallencia culposa é absorvida pela fraudulenta, Dá-se uma só acção punível ³. Assim, se o fallido abusou de accites e responsabilidades de mero favor (fallencia culposa, n. 1015) e falsificou o Diário (fallencia fraudulenta, n, 1023), responderá pelo crime de fallencia fraudulenta porque não se tracta de dois crimes materialmente concorrentes, mas de dois elementos concorrentes em um mesmo crime, sem que a culpa constitua uma aggravante da fraude ⁴.

¹ CUZZERI, no II Código Com. Ital. Commentato, vol. 7, n. 1127.

² Traité des Faillites, vol. 2, pag. 455.

³ Vide o art. 66 § 2 do Cod. Penal.

— A Rei. da Corte em Ac. de 25 de Outubro de 1864, decidiu que — a fallencia fraudulenta absorvia a culposa e assim, não podia um individuo ser pronunciado ao mesmo tempo por quebra fraudulenta e culposa. (PAULA PESSOA, Código Criminal, ed. de 1877, nota 788).

⁴ CARFORA, Bancarota, pag. 43.

1009. A fallencia qualificada fraudulenta é punida com a pena de prisão cellular por dois a seis annos, e a culposa com a pena de prisão cellular por um a quatro annos¹.

§ 1.º

Fallencia casual

Summario. — 1010. Que seja fallencia casual.

1010. A fallencia será qualificada casual quando proceder de accidentes, casos fortuitos ou força maior, ou não concorrer circumstancia pela qual deva ser qualificada culposa ou fraudulenta (s).

O abalo na reputação de um commerciante, originado por accusação infamante contra elle levantada injustamente, acarretando a fallencia, essa é casual ².

§ 2.º

Fallencia culposa

Summario. — 1011. Idéas geraes. — 1012. Factos que qualificam a fallencia de culposa. — 1.º) Despezas excessivas: — 1013. 2.º) Venda por menos do preço corrente. — 1014. 3.º) Emprego de meios ruinosos para obter recursos. — 1015. 4.º)

¹ Cod. Penal, art. 336 §§ 1 e 2.

² Ac. Do Sup. Trib. Federal, de 2 de setembro de 1895, n'º Direito, vol. 68, pág. 256.

Abusos de acceites, endossos e responsabilidades de mero favor.

1011. O Decr. n. 917 enumera a serie de actos que constituem a fallencia culposa, os quaes devem preceder á declaração judicial da fallencia, embora não haja relação causal entre elles e a manifestação do estado de fallencia.

Um só dos actos em seguida declarados basta para caracterisar afigura da fallencia culposa.

1012. fallencia será qualificada culposa quando occorrer algum dos seguintes factos:

1º Excesso de despesa no tractamento pessoal do fallido em relação ao seu cabedal, numero de pessoas de familia e espécie do negocio.¹

O negociante individualdo que despende com excesso o dinheiro que devia ser empregado em pagar os credores, observa muito bem RENOUARD, torna-se culpado de verdadeiro latrocínio, e a lei é justa quando qualifica delicto esse procedimento ².

O excesso de despesa é questão de facto entregue á apreciação é do juiz, que deve resolver-a tendo em muita attenção os elementos fornecidos pela lei, isto é, o cabedal do fallido, o numero de pessoa de sua familia e o género do negocio.

Por cabedal entendem-se aquelles bens que estão em nosso poder livres de dividas: bona non dicuntur nisi deducto cero alieno. É portanto, cousa muito differente do capital, que serve de fundo ao

¹ Decr. n. 917, art. 79, b, n. I.

² Traité des Faillites, vol. 2, pag. 440.

negocio. Este, o capital, corporifica-se com o cabedal, supprindo muitas vezes a sua falta, mas distinguem-se substancialmente.¹

Por maior que seja o numero de pessoas de sua familia, o negociante não pode exceder os limites do seu cabedal. Não se justificaria aquelle que absorvesse todo o fundo commercial, e portanto o que era dos credores, com o sustento da familia, pois no commercio não se admittem liberalidades taes.

Manda, finalmente, a lei attender ao genero do negocio, porque despesas que podem parecer excessivas são muitas vezes para o commerciante uma necessidade inherente ao seu commercio.

1013. 2.º) Venda por menos do preço corrente de effeitos comprados nos seis mezes anteriores á epocha legal da fallencia e ainda não pagos, se foi feita com intenção de retardar a declaração da fallencia².

A intenção de retardar a declaração da fallencia é facto entregue á apreciação do juiz. O fim da lei é obrigar o commerciante, que adquire a convicção de ser desesperador o seu estado, a cessar as suas operações, afim de evitar lesão ao direito dos credores.

1014. 3.º) Emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da fallencia³. Vide n. 95.

1015. 4º) Abuso de accites, endossos responsabilidades de mero favor.⁴

A lei não condemna em absoluto as letras de favor mas só os abusos. Essas letras, diz MACEDO SOARES, são quasi sempre instrumento de crédito commercial; e quando manejado com discreção nada ha a

¹ Vide O Direito, vol. 19, pag. 702 e vol. 20, pag. 55.

² Decr. n. 917, art. 79, b, n. II. Vide Cod. Com. art. 800, III.

³ Decr. n. 917, art. 79, b, n. III.

⁴ O Decr. n. 917, art. 79, b, n. IV.

oppor-lhe que se não possa com equal razão oppor ao mutuo, á hypotheca, ao penhor, a tantos outros recursos consagrados pela lei civil e commercial para, pelo credito pessoal ou real, haver dinheiro¹.

§ 3.º

Fallencia fraudulenta

Summario. — 1016. Idéas Geraes. — 1017. Factos que qualificam a fallencia fraudulenta. 1º) Despezas fictias e falta de justificação do emprego das receitas. 1018. — 2º) Balanço viciado. — 1019. 3º) Desvio ou applicação de fundos em nome de outrem. — 1020. 4º) Actos simulados ou fingidos. — 1021. 5º) Compra de bens em nome de outrem. — 1022. 6º) Falta do Diário. — 1023. 7º) Falsificação ou truncamento do Diário ou do Copiador. — 1024. 8º) Falta do archivamento e lançamento de diversos documentos no registro do commercio. — 1025. 9º) Perdas avultadas em jogos. — 1026. 10º) Officio de corretor ou agente de leilões. — 1027. 11º) Firma que não pode ser registrada. — 1028. Cumplicidade na fallencia fraudulenta.

¹ O Direito, vol. 47, pag. 282.

Sobre as letras de favor, chamadas em França billets de complaisance, na Inglaterra accomodation bills, na Itália cambiale di comodo, vide um belo e erudito trabalho do Cons. CARLOS DE CARVALHO. n'O Direito, vol. 47, pags. 275 a 276.

Consulte-se também BARCLAY. Les Effets, de Commerce dans le Droit Anglais, pag. 35

1016. Enumera o Decr. n. 917 os diversos factos que qualificam a fallencia fraudulenta, os quaes devem preceder á declaração da fallencia, embora não fossem causa directa a immediata desse estado. O que é essencial nessa figura criminosa é a intenção de o devedor violar os direitos dos credores, ou melhor, de prejudica- los. Não bastam o prejuízo, aliás presumido pela declaração da fallencia, e a occorrença simples de qualquer dos factos designados por lei, para qualificar a fallencia de fraudulenta. A culpa existe sem a intenção malefica de prejudicar, não assim a fraude, cuja alma é essa intenção. Eis porque, para a qualificação da fallencia culposa, não vem ao caso indagar da intenção do devedor, mas não assim para a qualificação da fallencia fraudulenta, onde aquella intenção maléfica é uma das condições da punibilidade¹.

1017. A fallencia será qualificada fraudulenta, quando ocorrer algum dos seguintes factos:

1.º) Despesas ou perdas fictícias, falta de justificação do emprego de todas as receitas².

1018. 2.º) Occultação no balanço de qualquer somma de dinheiro, de quaesquer bens ou títulos, inclusão de dividas activas pagas ou prescriptas³. Vide n. 111.

¹ O fallido não pode ser condemnado em fallencia fraudulenta quando se prova que os seus credores foram pagos e lhe deram quitação: deixa, com esse facto de haver offendidos com a fallencia e prova-se ausência de má fé do fallido. Decisões n'O Direito, vol. 41, pag. 109.

² Decr. n. 917, art. 79, c. n. I. Cod. Com. art. 802, n. I.
O Decr. n. 917, reproduzia a disposição do Cod. sem attender á insufficiencia desta, bem lembrada pelo CONS. OLEGÁRIO, Exame Critico, n'O Direito, vol. 1, pag. 7: "O art. 802 deveria considerar fraudulenta a fallencia quando se mostrasse que o fallido distrahiu fundos em despesas para fins reprovados. Vi ha pouco um fallido que dispendeu immoderadamente com amasias, orgias, banquetes e passeios".

³ Decr. n. 917, art. 79, c. n. II. Vide Cod. Com. art. 802, n. II.

1019. 3.º) Desvio ou applicação de fundos ou valores de que o fallido seja depositário ou mandatário¹.

1020. 4º) Vendas, negociações ou doações feitas ou dividas contrahidas com simulação ou fingimento².

1021. 5.º) Compra de bens em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge, ascendentes, descendentes e irmãos³.

1022. 6.º) Falta pelo menos do Diário, ainda sem as formalidade legaes, uma vez que tal omissão não induza fraude ou intuito de prejudicar os credores⁴.

Resente-se de incomprehensivel redacção este dispositivo legal. O Código Commercial, no art. 802, n. VI, declarava fraudulenta a fallencia quando o commerciante não tinha os livros que devia ter.

Os nossos mais conspícuos juizes taxaram essa disposição de dura e iníqua⁵, e a jurisprudência muito a abrandou⁶.

O Decr. n. 917, procurando corrigir o Código Commercial, parece ter querido dizer que a falta do Diário constituía a fallencia fraudulenta, mas que, se o devedor tivesse o Diário sem as formalidade legaes, não seria fraudulenta a sua fallencia uma vez que da omissão não se induzisse fraude ou intuito de prejudicar os credores.

A lei tracta de punir o devedor que não tem livros, pois só estes podem precisar o activo e passivo e o desenvolvimento do negocio,

¹ Decr. n. 917, art. 79, e, n. III. Vide Cod. Com. art. 803, n. III.

² Decr. n. 917, art. 79, c, n. IV. Vide Cod. Com. art. 802, n. IV

³ Decr. n. 917, art. 79, o, n. V. Vide Cod. Com. art. 803, n. V.

⁴ Decr. n. 917, art. 79,c, n. VI.

⁵ Vide CONS. OLEGÁRIO, Exame Critico, n'º Direito, vol. 1, pag. 7; MACEDO SOARES. Reflexões, n'º Direito, vol. 51, pag. 333.

O CONS. NABUCO, em seu projecto de 1866, procurou corrigir o rigor do Cod. Com. declarando no art. 1.º § 6: "O governo declarará quaes são o. commerciantes obrigados a ter os livros exigidos pelo art. 11 do Código Commercial e cuja falta ou irregularidade induz bancarrota culposa ou fraudulenta".

⁶ Vide essa jurisprudência em ORLANDO, Cod Com nota 1251.

esclarecer o seu procedimento na vida mercantil, mostrar se elle, o devedor, foi cuidadoso, infeliz ou culpado.

1023. 7.º Falsificação ou truncamento do Diário ou do Copiador¹.

O Código Commercial, no art 10 n. III, obriga todo o commerciante a conservar em boa guarda a escripturação, correspondência e mais papeis pertencentes ao gyro do seu commercio emquanto não prescreverem as acções que lhes possam ser relativas. Todos esses livros e papeis devem ser entregues aos syndicos (n. 437). Se não são encontrados ou se os livros apresentados pelo fallido trazem a escripturação da casa apenas desde epocha recente, fica evidentemente provado que os livros da casa fallida foram falsificados, com o fim de se ageitar um bom resultado na fallencia.

O truncamento dos livros obrigatórios é também prova incontestável de fraude.

Na palavra falsificação empregada pelo Decr. n. 917 comprehende-se toda a suppressão, accrescimo ou mudança do quanto é contido nos dois livros que todo o commerciante é obrigado a ter. Assim, pois, escripta nova preparada para a fallencia é escripta falsificada.

1024. 8.º Falta de archivamento e lançamento no registro do commercio, dentro de quinze dias subsequentes á celebração do casamento (art 31 do Código Commercial), do contracto ante-nupcial, sendo o marido commerciante ao tempo do casamento; desse contracto e dos títulos dos bens incommunicaveis da mulher, dentro dos quinze dias subsequentes ao oomeço do exercício do commercio, quanto ao contracto ante-nupcial, e, dentro dos trinta dias subsequentes á aquisição, quanto

¹ Decr. n. 917, art. 79, e, n. VII. Vide Cod. Com. art. 802, n. VI.

aos referidos bens; e dos títulos de aquisição de bens que não possam ser obrigados por dividas nos prazos aqui indicados ¹.

O archivamento e lançamento dos documentos acima mencionados no registro do commercio não provam, porém, a veracidade dos respectivos contractos. Estes podem ser fructo da fraude, e nessa conformidade podem ser atacados pela acção revocatoria. Assim, no registro pode ser lançado um dote de valor superior ao que realmente é dado; pode a marido comprar em nome da mulher bens com dinheiro delle, mas com a clausula de incommunicaveis. Não é pelo facto do registro que esses actos convalescem e arredam o devedor das penas da fallencia fraudulenta.

1025. 9.º Perdas avultadas em jogos de qualquer espécie e sob qualquer forma, inclusive os chamados da bolsa².

“Mais exigente que o Código Commercial é o Decr. n. 917, que no art. 79, c, n. IX, escreve MACEDO SOARES, considera caso de fallencia fraudulenta o de perdas avultadas em jogos de qualquer espécie e sob qualquer forma, inclusive os chamados da bolsa. Está se vendo que esse Decr., a nova lei das fallencias, considera jogo não somente o de cartas ou de pedras, o de corridas de cavallos, as apostas de todo o género, qualquer contracto aleatório, emfim, como as operações da bolsa que, por arriscadas, possam, mal succedidas, determinar a quebra. O commerciante que opera com capitães alheios não pode aventural-os em negócios donde provenham a sua ruina e prejuízo dos credores. O que o Código Commercial considerava culpa por imprudência o Decr. Das Fallencias considera fraude, porque o emprego do dinheiro dos credores foi desviado do único fim do empréstimo ou do credito, o qual não era certamente habilitar o fallido a experimentar o adagio — quem nunca

¹ Decr. n. 917. art. 79, c, n. VIII.

² Decr. n. 917, art. 79, c, n. IX. Vide Cod. Com. art. 800, n. II.

arriscou nunca perdeu nem ganhou. Ha, pois, no facto um abuso de confiança".¹

1026. 10.º O officio de corretor ou agente de leilões, embora tenha o fallido deixado de exercer taes funções, uma vez que a fallencia proceda do tempo em que as tiver exercido². Quanto ao corretor, tão severa disposição, diz BUCHÈRE, tem por objecto principal impedir que os corretores de cambio se entreguem ás operações aleatórias e aos jogos de bolsa³.

Quanto aos leiloeiros é fácil justificar-a. Sendo elles equiparados aos depositários, não podem desviar ou dar applicação a fundos alheios que estejam em seu poder. O caso implicitamente já se achava comprehendido na disposição do art. 79, c, n. III.

1027. 11.º O exercício do commercio sob firma ou razão commercial que não podesse ser inscripta no registro⁴.

1028. Na fallencia fraudulenta pode ter logar a cumplicidade, pois nella, como em todos os crimes dolosos, é possível que outras pessoas auxiliem o agente a conseguir .o fim immediato do crime. Vide n. 1054.

Neste caso, as regras da cumplicidade estabelecidas no Código Penal (art. 21 e 64) prevalecerão em toda a sua extensão e effeitos⁵.

¹ O Direito, vol. 54, pag. 484

² Decr. n. 917, art. 79, c, n. X. Cod. Penal, art 336 § 3: "A fallencia dos corretores e agentes de leilão sempre presume-se fraudulenta, e será punida com as respectivas penas". Vide Cod. Com. art. 804.

³ Traité des Operations de la Bourse, n. 119.

⁴ Decr. n. 917, art. 79,C, n. XI.

⁵ Decr. n. 917, art. 79, parág. Único.

Na fallencia culposa não pode ter logar a cumplicidade, pois esta como pondera CARFORA, Bancarota, pag-103: non può darsi nei reati colposi, perchè non può esistere complicità senza volontà diretta al fine, e volontà diretta non si può concepire senza previsione attuale".

O cúmplice pode não ser commerciante.

ARTIGO II

Rito processual da qualificação da fallencia

Summario. — 1029. O processo da qualificação corre em auto apartado do commeroial, e não pode ser iniciado antes da declaração da fallencia. — 1030. Juiz competente para qualificar a fallencia. — 1031. Regras processuaes da qualificação da fallencia. — 1032. Inquéritos policiaes. — 1033.: Os credores podem ser testemunhas? — 1034. Pode haver segunda qualificação?

1029. O Decr. n. 917 institue um processo especial para a qualificação da fallencia, um verdadeiro processo de instrucção criminal (n. 1005), que corre em auto apartado, distincto e independente do commercial¹.

¹ Decr. n. 917, art.77. Segundo o Código Commercial a qualificação da fallencia corria no mesmo processo da fallencia (arts. 818 e 819)

— O CONS. NABUCO ao apresentar o seu projecto sobre fallencias, em 1866, dizia; “No meu relatório assignalei como um dos graves defeitos do processo actual a “confusão do interesse da justiça publica e do interesse privado, a dependência da parte criminal e da parte commercial, os inconvenientes de uma instrucção commum, muitas vezes desnecessária em relação á justiça publica e quasi sempre gravosa á massa fallida. A proposta separa os processos, torna independentes e sem influencia reciproca e prejudicial ás decisoes, na parte criminal e commercial”.

Eis os artigos do Projecto NABUCO sobre este importante assumpto:

“Art. 1.º § 1.º Os processos criminal e commercial serão distinctos e I independentes.

§ 2.º As decisões, na parte criminal e commercial, não terão influencia reciproca ou prejudicial.

§ 3.º Todavia, a decisão criminal, qualificando a quebra como fraudulenta, impede a concordata ou rehabilitação.

§ 4.º O processo criminal será iniciado e regulado conforme as disposições do Decr. n. 707 de 1850, competindo ao juiz criminal nos despachos de pronuncia qualificar a quebra, tendo em vista os arts. 797 e segs. do Cod. do Com.

Por mais independentes que sejam esses dois processos em sua marcha, porque diversa é a meta a que tendem, entretanto; ambos partem do mesmo ponto que é a declaração judicial da fallencia proferida pelo juiz competente. A declaração da fallencia é o alicerce do processo criminal; sem ella não poderá este ser iniciado¹.

1030. O juiz competente para qualificar a fallencia é o que a declarou ². Dando a attribuição de instructor criminal ao juiz do commercio, o Decr. n. 917 attendeu a que elle, como juiz da fallencia era o mais hábil para definir o character desta, pois todas as investigações ordinariamente colhidas no período preparatório ou provisório da fallencia o são sob as suas vistas e fiscalização (n. 404).

No terreno doutrinário ha muito que dizer pro ou contra a accumulacao das funções de juiz da fallencia e juiz instructor do processo criminal contra o fallido. O systema que vae tendo mais acceitação pratica é o que segue o nosso Decr. n. 917 ³.

§ 7.º O juízo da fallencia deve remetter ao juízo criminal: a sentença de abertura e procedência da fallencia, o balanço, o inventario e relatório das • causas da fallencia, assim como prestará todas as informações de que a justiça publica tiver necessidade para proceder criminalmente”.

Vide também o que a respeito da separação dos dois processos diziam o CONS. OLEGARIO, Exame Critico, n'º Direito, vol. 1, pag. 12, e MACEDO SOARES, Reflexões, n'º Direito, vol. 51, pag. 328.

¹ Dec. n. 917, art. 77. Cod. Penal, art. 336, pr., verb.: “...que for declarado em estado de fallencia..”.

O Decr. n. 917 também chama, no art. 77, processo criminal o processo da qualificação da fallencia.

² Decr. n. 917, art. 78.

³ No projecto de reforma do Código Commercial Italiano sobre fallen-cias apresentado pela Sub Comissão constituída pela Comissão Geral nomeada pelo ex-ministro CALESDA, em 1894, propõe-se que o juiz da fallencia (giudice delegato) accumule as funções de juiz instrucctor no processo da bancarrota. O preclaro VIDARI, no Appendice II á I.ª edição (1898) do vol. 9.º do seu afamado Corso de Diritto Commercial, mostra-se contrario a essa idéa não só por offender ao principio da separação e independência dos processos commercial e civil da fallencia que a lei consagra, como também pelas razoes seguintes : < são differentes as posições do juiz da fallencia (giudice delegato), e do juiz formador da culpa (giudice. istruttore), e desde que se separem os dois processos, confiando-os a pessoas diversas, o juiz formador da culpa pode com maior calma, independência e imparcialidade quasi julgar da conduota do fallido e justamente apreciar

Os Estados têm se arrogado a faculdade de legislar sobre a competencia do juiz qualificador da fallencia, e em geral têm mantido o systema do Decr. n. 917.¹

1031. Perante o juiz commercial (n. 1030 supra) o curador fiscal promoverá o processo da qualificação da fallencia ², observando-se o seguinte: a) a petição inicial deve ter os requisitos da denuncia exigidos pelo Código do Processo Criminal, e será instruída com o relatorio mais documentos que tiverem sido exhibidos na primeira reunião dos credores, e com certidão da sentença de declaração da .fallencia ³.

os indícios e as provas colhidas pelo juiz da fallencia; se este fosse também encarregado da formação da culpa (istrutoria penale) poderia facilmente sentir a inspiração da tendência seguida no processo da fallencia, formar preconceitos diffceis de evitar e na lucta febril, afanosa, intransigente de tantos interesses ofendidos, tornar-se parcial, quasi inconscientemente, a favor do fallido ou dos credores”.

¹ O Estado de S. Paulo. Decr. n. 123 de 10 de Novembro de 1892 (Organisação Judiciaria), art. 124, n. I, 6.º. Aos juizes de direito... compete: na parte criminal.... processar e julgar em primeira instancia.... os crimes de... fallencia fraudulenta ou culposa (Cod. Penal, art 336), sendo da competência privativa do juiz commercial o preparo destes crimes ate á pronuncia inclusive”.

— Estado de Pernambuco. Regulamento Judiciário de “23 de Janeiro de 1893, art. 474: “O processo e julgamento dos crimes de bancarrota (?) é regalado (a construcção grammatical é da lei) pelos arts. 77 a 85 do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890 que reformou a Parte Terceira do Código Commercial.”

— Estado do Rio; - Lei n. 48 A de 1 de Março de 1893 (Organização Judiciaria), art 319. ‘ “No processo de fallencia, quanto á parte criminal, observar se ão as disposições do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, competindo, porém, a formação da culpa e a qualificação da quebra ao juiz municipal, cujo despacho de pronuncia ou não pronuncia será sujeito á confirmação ou revogação do juiz de direito, seguindo os ultiores termos como os demais crimes communs, inclusive o julgamento pelo jury.” - -”

Posteriormente a Lei n. 287 de 14 de Março de 189b, alterando a de n.43 A, dispoz no art 30: “Nos processos de fallencia observar-se-ão Decr. n.

917 de 24 de Outubro de 1890. >

A anarchia legislativa que se nota nos Estados deixa-nos em embaraço para dizer se no Estado do Rio prevalece ainda o Decr. n. 917, nos arts. 77 e segs. ou o art 819 da Lei n. 43 A.

² Decr. n. 917, art. 78 § 1.

³ Decr. n. 917, art. 78 § 2. Vide Cod. do Proc. Crim. art. 79. E — Pelo syatema do Decr. n. 917 a qualificação da. quebra é um processo criminal e o curador fiscal (orgam do ministro publico) deve inicial-o por meio de denuncia com os requisitos legaes. Mas, é certo que os orgams do ministro publico, advogados da lei, não são obrigados a denunciar contra a sua convicção. Como deve proceder o curador fiscal que estiver convencido da casualidade da fallencia?

O Decr. n. 917 não attendeu a essa consideração importantíssima, e a muitos parece que o curador fiscal quando convencido da casualidade deve, junctando ao seu requerimento

Para o cumprimento desta disposição legal deve o curador fiscal requerer ao juiz o desentranhamento dos documentos e relatório acima referidos dos autos do processo commercial. A lei manda instruir a petição inicial com o relatório e documentos em original.

b) Autuada a petição inicial com as peças que a devem acom panhar, o processo será o da formação da culpa nos crimes communs com todos os recursos e garantias individuaes estabelecidas no Código do Processo Criminal e mais leis ¹.

c) Qualquer credor poderá e o promotor publico deverá requerer o que for a bem da justiça²

d) Findo o interrogatório do fallido e produzida a defesa no summario, o curador fiscal e o promotor publico emittirão parecer sobre a qualificação da fallencia ³.

e) Conclusos os autos ao juiz, este poderá ordenar as diligencias que julgar necessárias e, cumpridas, qualificará a fallencia de casual ou culposa ou fraudulenta; nos dois últimos casos pronunciará os indiciados, dando-lhes recurso para o superior competente ⁴

os documentos de que trata o art. 78 § 2.º do cit. Deor., pedir simplesmente ao juiz que qualifique a fallencia de casual.

¹ Decr. n. 917, art. 78 § 3.

² Decr. n. 917, art. 78 § 4.

— O credor não pode recorrer da decisão que julga improcedente o summario contra o fallido. Assim julgou o Trib. de Just. de S. Paulo, em Ac. De 30 de Julho de 1898, dizendo: “Nem o Decr. n. 917, que subordina o processo criminal contra o fallido considerado criminoso ás mesmas regras e formulas da formação da culpa, nem as disposições do mesmo Decr. que regulam a matéria dos recursos, concedem a intervenção do credor de modo a poder elle recorrer da decisão proferida pelo juiz criminal; nem tão pouco o argumento invocado com fundamento no art. 78 § 4 do cit. Decr. soccorre a pretensão do recorrente, desde que a faculdade concedida a qualquer credor de requerer o que for a bem da justiça não comprehende, pelos termos genéricos em que está concebido o citado § 4, o direito de recorrer, que é sempre regulado por disposições restrictas”. Revista Mensal, vol. 9, pag. 20.

³ Decr. n. 917, art. 78 § 6.

⁴ Decr. n. 917, art. 78 § 7.

1032. As auctoridades policiaes remetterão ao juiz processante (que é o juiz da fallencia) os inquéritos a que se proceder durante o summario¹.

1033. Interessante questão tera-se ventilado a propósito da qualificação da fallencia: os credores podem ser testemunhas no processo?

Pensava o Dr. HOLLANDA CAVALCANTE que não, porque os credores, de ordinário queixosos ainda que em muitos casos com razão, não podem proceder com a imparcialidade necessária nessas circumstancias. Alem disso os credores são partes no processo da fallencia e, como taes, têm interesses oppostos aos do fallido².

O CONS. OLEGÁRIO não opina tão radicalmente. Os credores são, sem duvida, interessados, diz elle, na sorte do fallido e de ordinário ou affeiçãoados ou inimigos do devedor, conforme as relações individuaes e de commercio que com elle entretém, ou depõem muito ou nada. Mas o que é verdade é que são os únicos que com perfeito conhecimento podem depor sobre os factos submettidos á apreciação do juiz ³.

O art. 89 do Cod. do Processo Criminal não prohiu o credor de ser testemunha em matéria penal; como pois crear uma suspeição que não existe? Quem poderá apresentar melhores informações que os credores, elles que estiveram com o fallido em estreitas relações commerciaes? Ao juiz cabe dar o valor devido aos depoimentos que lhe parecerem eivados de parcialidade, mas não ha razão para excluir em absoluto a audiência dos credores⁴.

¹ Decr. n. 917, art 78 § 5. O mesmo já se observava na vigência do Código Commercial. O Direito, vol. 48, pag. 80.

² Informação, pag. 8 e 9.

³ Exame Critico, n'O Direito, vol. 1. pag. 12.

⁴ Em França admittem-se os credores como testemunhas. ROUBEN DE COUDBB, verb. Banqueroutes, n. 19.

1034. Pode haver segunda qualificação, quando na primeira é julgada casual a fallencia?.

Parece-nos que sim, pois a qualificação da fallencia é uma verdadeira formação da culpa e o Decr. n. 917 diz no art. 78 § 7.º que, no caso de a fallencia ser qualificada culposa ou fraudulenta, o juiz pronunciará os indiciados.

A qualificação de fallencia casual importa pois despronúncia para o fallido, e esta não significa outra coisa senão a declaração de insufficiencia' de prova até ahi existente, fazendo retirar de sobre o fallido as suspeitas de criminalidade. O réo despronunciado pode ser submetido a novo processo¹.

SECÇÃO II

Julgamento dos crimes de fallencia culposa ou fraudulenta

Summario. — 1035, Acção criminal contra o fallido fraudulento ou culposo, B— 1036. Juizes competentes para o julgamento nas sedes de Juntas Commerciaes — 1037. Suspeição dos adjunctos sorteados. — 1038. Juizes competentes para o julgamento nos logares que não forem sede de Junta Commercial, mas onde houver Associação Commercial. — 1039. Juizes competentes nos demais logares. — 1040. Forma do processo do julgamento. — 1041.

¹ PAULA PESSOA, Código do Proc. Crim., nota 1045.

HOLLANDA CAVALCANTE, Informação, pag. 9, assim também pensa.

— O Cod. Com. Argentino dispõe expressamente no art. 1553: "La circunstancia de que el Tribunal de Comercio no hallare mérito para proceder contra la persona del fallido, con arreglo á las disposioiones del presente titulo, no será un inconveniente para seguir el procedimiento establecido, siempre que aparecieren en cualquier época dei juicio de quiebra, los indícios que dan lugar á dicho procedimiento".

Appellação e seus efeitos. — 1042. Efeitos da sentença condemnatoria em fallencia fraudulenta. — 1043. Pode-se no juízo criminal conhecer da nullidade da sentença declaratória da fallencia, sob fundamento de não ser o réo commerciante ou de não se achar em estado de fallencia?

1035. Todo o commerciante, matriculado ou não, que for declarado em estado de fallencia, fica sujeito á acção criminal se aquella for qualificada fraudulenta ou culposa ¹.

1036, Os crimes de fallencia fraudulenta ou culposa serão julgados pelo juiz de direito criminal do districto da sede do estabelecimento do fallido e por dois adjunctos deputados da Junta Commercial, sorteados pelo juiz na véspera do julgamento ².

1037. Esses adjunctos podem ser dados de suspeitos.

A suspeição será opposta por petição dirigida ao juiz de direito que fez o sorteio³. Ouvido o recusado por quarenta e oito horas, dar-se-á

¹ Cod. Penal, art. 336, pr.

—Depois de qualificada culposa ou fraudulenta a fallencia é que entra propriamente a acção criminal, como ó bem expresso o art. 336 pr. do Cod. Penal; entretanto o Decr. n. 917 chama, o processo da qualificação de processo criminal. É grande a confusão de idéas que se observa nesse assumpto.

² Decr. n. 917, art. 82 pr.

—Os Estados têm em suas respectivas leis regulado esse assumpto. Vide nota 2, pag. 229.

—No Districto Federal ainda se observa o julgamento com dois adjunctos deputados da Junta Commercial.

Decr. n. 1030 de 14 de Novembro de 1890, art. 101 § 1: "Os crimes de fallencia são processados pelo juiz da camara que o presidente designar e por este julgados com dois deputados da Junta Commercial, que sorteará na véspera do julgamento".

Decr. n. 2579 de 16 de Agosto de 1897, art. 25 § 1: "Compete também aos juizes da Camara Criminal processar e julgar os crimes de fallencia (Cod. Penal, art. 336).

O processo é feito pelo juiz a quem a denuncia for distribuída e, por este, julgado com dois deputados da Junta Commercial que sorteará na véspera".

³ Decr. n. 917, art. 82 pr. verb. , "... e de cuja suspeição conhecerá o mesmo juiz de direito".

ao recusante igual prazo para prova, findo o qual, o mesmo juiz julgará sem recurso.

Se a sentença reconhecer a suspeição, será do mesmo modo sorteado outro adjunto ¹.

1038. Nos Jogares que não forem sede de Junta Commercial mas onde houver Associação Commercial, esta, de seis em seis mezes, elegerá, dentre os seus membros brasileiros, vinte e quatro jurados, e dois destes, sorteados de véspera pelo juiz de direito, com elle procederão como adjuntos ao julgamento, observado o quo ficou dito no n. 1037 supra sobre suspeição ².

1039. Nos demais logares o julgamento competirá exclusivamente ao juiz de direito³.

1040. A forma do processo do julgamento será a do Decr. n 707 de 9 de Outubro de 1850 ⁴.

¹ Decr. n. 917, art. 82 § 3.

² Decr. n. 917, art. 82 § 1.

— Em Santos nunca funcionou este tribunal. Quando juiz de direito, de Santos, o DR. PEDRO MARANHÃO, em officio de 20 de Fevereiro de 1891, dirigido á Associação Commercial desta praça, pediu o cumprimento do disposto no art. 82 § 1 do Decr. n. 917. A directoria dessa Associação elegeu os vinte, e quatro jurados. Essas informações, encontramol-as no Relatório da Associação Commercial de Santos apresentado em assemblêa geral de 20 de Junho de 1891, pag. 28.

A Associação Commercial da Capital de S. Paulo, na representação dirigida ao Congresso do Estado, em 31 de Maio de 1895, lembrando algumas modificações no processo das fallencias, disse: “Não se conhece nestes últimos tempos um só caso de condemnação em fallencia, sendo entretanto certo que ellas tem sido frequentes e avultadissimas pelo numero de casos e elevado valor que envolvem e sacrificam. Os males resultantes de tal estado de cousas dispensam e demonstram e impõem de modo absoluto o remédio de que carecem. E’ por isso que a Associação Commercial como echo do clamor unanime do commercio licito e do qual é orgam, se anima a solicitar do Congresso do Estado que (alem das medidas que a sua sabedoria lhe ditar para abreviar os termos do processo e alivialo das enormes despesas que o oneram) decrete lei que dê intervenção a dois julgadores eleitos pela directoria da supplicante, funcconando em todos os termos e julgamento do processo da qualificação da quebra com o magistrado a quem pela legislação vigente competirem taes funções isoladamente. Relatório da Associação Commercial de S. Pauto, anno de 1895, pag. 159.

³ Decr. n. 917, art. 82 § 2.

⁴ Decr. n. 917, art. 83 pr.

Quando o julgamento tiver de ser proferido pelo juiz de direito com os dois adjunctos, deputados da Junta Commercial ou membros da Associação Commercial, farão elles conferencia secreta e lavrarão sentença conforme o voto da maioria ¹.

1041. Da sentença poderão appellar o réo e o promotor publico, nos effeitos regulares ².

1042. Sobre os effeitos da sentença condemnatoria em fallencia fraudulenta vide o n. 1058.

1043. Pode-se no juizo criminal conhecer da nullidade da sentença declaratória de fallencia, sob o fundamento de não ser o réo commerciante ou de não se achar elle em estado de fallencia?

A nossa jurisprudência tem se manifestado diversamente.

O extincto Supremo Tribunal de Justiça, por sentença de 20 de Setembro de 1865, na revista crime n. 1843, julgou que os juizes e tribunaes criminaes não tinham jurisdição sobre os actos decisórios em processo de fallencia e não podiam annular a abertura desta, pois usurpariam a jurisdição commercial. O Ac. Revisor da Relação do Rio, de 29 de Maio de 1866, confirmou essa doutrina ³

Posteriormente, na revista crime n. 2604, o mesmo Supremo Tribunal, em sentença de 8 de Outubro de 1887, ordenou a revisão do processo criminal promovido contra um fallido sob o fundamento da nullidade da sentença declaratória da fallencia ⁴. A Relação da Bahia, no Ac. Revisor de 3 de Fevereiro de 1888, conformou-se com esta doutrina⁵.

A questão é delicadíssima, tanto mais quanto o Decr. n. 917, separando completamente o juizo commercial da fallencia do juizo

¹ Decr. n. 917, art. 83 § 1.

² Decr. n. 917, art. 83 § 2.

³ MAFRA, Jurisprudência dos Tribunaes, rol. 1, verb.: fallencia; e vol 3, pag.282.

⁴ O Direito, vol. 45, pag. 216 a 224.

⁵ O Direito, vol. 46, pag. 65.

criminal deu áquelle a faculdade exclusiva de declarar a fallencia (n. 100) determinou que o procedimento criminal contra o fallido somente fosse promovido depois da declaração da fallencia (ns. 162 e 1029) ¹.

SECÇÃO III

Actos do devedor equiparados á fallencia culposa e fraudulenta para os efeitos da penalidade

Summario. 1044. Systema legal. — 1045. Incorrem nas penas. da fallencia culposa, salvo a fraude: 1º o fallido que praticar acto nullo ou annullavel. — 1046. 2º O que tiver escripturação obscura. — 1047 3º:O que não declarar em tempode fallencia. — 1048 4º O que embaraçar o andamento do processo. — 1049. O concordatário negligente, descuidado ou culposo. — 1050. Incorre nas penas da fallencia fraudulenta o devedor que obtiver concordata usando de fraude.

1044. O Decr. n. 917 estabelece, relativamente á parte penal, um sistema difficil de ser justificado por falta de um principio geral e seguro que o domine.

¹ Na Itália apparece a mesma questão e VIDARI (Corso, vol 9, n. 8957) diz que no estado actual da legislação a auctoridade penal pode conhecer e julgar da qualidade de commerciante e da cessação de pagamentos.

Na Belgica, como a sentença declaratória da fallencia nao é condição essencial para a existência do crime de bancarrota, os bons autores pensam que o juízo penal pode decidir se o réo é ou não commerciante. ou se está ou nao fallido (NAMUR, Cod. Com. Belge, vol 3, n. 2058)

O mesmo na França. Vide RUBEN DE COUDER, Dict. de Droit Com., verb. Banqueroute, n. 8.

Assim é que depois de limitar os factos constitutivos da fallencia culposa ou fraudulenta, enumera uma serie de actos que, praticados pelo devedor, constituem crimes especias equiparados quanto a penalidade à fallencia culposa ou fraudulenta. Muitos desses actos podem existir antes mesmo da declaração da fallencia, consumando-se com esta. Outros só aparecem depois de aberta a fallencia e no seu curso.

A punição desses crimes especiaes nada tem com a qualificação da fallencia, podendo, portanto, succeder que o devedor com a fallencia qualificada de casual se ache incurso nas penas da culposa ou fraudulenta pela existência de actos ou factos enumerados nos arts. 80 e 81 do Decr. n. 917. Parece-nos ser essa a doutrina legal.

1045. Incurrerão nas penas da fallencia culposa, salvo a fraude, caso em que serão applicadas as da fraudulenta (n. 1008):

1.º O devedor que, depois da declaração da fallencia ou do sequestro, praticar algum acto nullo ou annullavel¹. Vide n. 296.

1046. 2.º O fallido que tiver os livros escripturados de forma a diffcultar ou tornar obscura a verificação ou a liquidação quer do activo quer do passivo².

Não é a escripturação simplesmente defeituosa que dá logar á penalidade, mas a dificuldade ou obscuridade da verificação e liquidação do activo e passivo, occasionadas pela escripturação³.

¹ Decr. n. 917, art. 80, n. I.

² Decr. n. 917, art. 80, n. II.

³ O Trib. de Just. de S. Paulo, em Accs. de 28 de Fevereiro de 1896 (Revista Mensal, vol. 3 pag. 157 e O Direito, vol. 70 pag. 598) e de 16 de Dezembro do mesmo anno (Revista Mensal, vol. 4, pag. 157), julgou que os vícios da escripturação não bastam para qualificar a fallencia de culposa ou fraudulenta.

O Tribunal parece não ter applicado devidamente as normas do Decr. n. 917.

Na verdade, os vicios da escripturação não se acham taxativamente contemplados na disposição do inciso b do art. 79 do Decr. n. 917, onde se enumeram os factos determinativos da fallencia culposa, nem também na do inciso c do mesmo art. onde se

1047. 3.º O devedor que no prazo legal não se declarar fallido, se da omissão resultar que fique fora da influencia da epocha legal da fallencia algum acto que dentro dessa epocha seria nullo ou annullavel¹. Vide ns. 109 e 285.

1048. 4.º O fallido que, occultando-se, ausentando-se, não comparecendo, negando informações ou esquivando-se a auxiliar os syndicos e o curador fiscal, crear embaraços de qualquer espécie ao andamento do processo commercial². Vide n. 240

1049. 5.º O concordatario que, por negligencia, descuido ou algum outro acto de culpa, concorrer para a deterioração da massa e consequente rescisão da concordata e declaração da fallencia ³.

1050. 6.º Incorrerá nas penas de fallencia fraudulenta o devedor que obtiver concordata prevalecendo-se de algum facto que qualifica de fraudulenta a fallencia ⁴.

SECÇÃO IV

Crimes commettidos pelo devedor por ocasião dos meios preventivos da declaração da fallencia

Summario. — 1051. A culpa e a fraude apparecem também nos meios preventivos de fallencia. — 1052. Casos em que o devedor é incurso nas penas da fallencia

definem os factos que constituem a fallencia fraudulenta. E' certo, porém, que embora a fallencia seja qualificada casual, o fallido pode soffrer as penalidades da fallencia culposa ou fraudulenta (n. 1044), e esse é um dos casos.

¹ Decr. n. 917, art. 80, n. III.

² Decr. n. 917, art. 80, n. IV.

³ Decr. n. 917, art. 80, n. V.

⁴ Decr. n. 917, art. 81, n. II

culposa. — 1053. Casos em que o é nas da fallencia fraudulenta.

1051. Não é só na fallencia que a culpa e a fraude se manifestam. Nos meios preventivos de sua declaração podem ellas apparecer offendendo os direitos dos credores.

Por essa razão o Decr. n. 917 declara incursos:

1052. a) Nas penas da fallencia culposa, salvo a fraude, caso em que serão applicadas as da fraudulenta: o concordatario e o que tiver obtido moratória se por negligencia, descuido ou algum outro acto de culpa concorrer para a deterioração da massa e consequente rescisão da concordata e declaração de fallencia.¹

1053. b) Nas penas da fallencia fraudulenta:

1.º O devedor que, por meio de fraude ou simulação, obtiver moratória, concordata preventiva de fallencia ou o beneficio da cessão de bens².

2.º O devedor que obtiver moratória, concordata ou cessão de bens, prevalecendo-se de algum facto que qualifica de fraudulenta a fallencia³.

SECÇÃO V

Crimes de outras pessoas que não os devedores, por ocasião da fallencia e dos meios preventivos de sua declaração

Summario. — 1054. Systema do Decr. n. 917. — 1055. Pessoas, que não os devedores, incursas nas penas da fallencia fraudulenta.

¹ Decr. n. 917, art. 81 n. V.

² Decr, n. 917, art. 81 n. I.

³ Decr. n. 917, art. 81 n. II

1054. Na fallencia e nos meios de prevenir a sua declaração, os actos de improbidade contra os direitos dos credores podem ter como responsáveis não só o próprio devedor como outras pessoas. Salvo raríssimas excepções, estas pessoas serão verdadeiros cúmplices, pois, de ordinário, a sua acção consiste no auxilio prestado ao devedor para a execução de um acto já definido por lei como criminoso.

O Decr. n. 917 estabeleceu, é verdade, a cumplicidade no crime de fallencia fraudulenta (n. 1028), mas quasi a fez desaparecer qualificando como crimes especiaes, sui generis, os casos mais frequentes em que essa cumplicidade se podia dar.

1055. O Deor. n. 917 declara incursos nas penas da fallencia fraudulenta:

1.º Qualquer pessoa, inclusive guarda-livros, que se mancommunar com o devedor para fraudar os credores ou o auxiliar para occultar ou desviar bens, seja qual for a sua espécie, quer antes quer depois da declaração da fallencia¹.

2.º Qualquer pessoa que se apresentar com credito simulado².

3.º Qualquer pessoa que occultar ou recusar aos syndicos ou curador fiscal a entrega de bens, créditos ou títulos que tenha do fallido; admittir, depois de publicada a declaração da fallencia, cessão ou endosso do fallido ou com elle celebrar algum contracto ou transacção³. Vide n. 299.

4.º O credor legitimo que fizer concerto com o devedor em prejuízo da massa ou transigir com o seu voto para obter vantagens para si nas deliberações e actos de concordata preventiva, ou não, cessão de bens, moratória, quitação e reabilitação⁴.

¹ Decr. n. 917, art. 81 n. III.

² Decr. n. 917, art. 81 n. IV.

³ Decr. n. 917, art. 81 n. V.

⁴ Decr. n. 917, art. 81 n. VI.

Adquirindo todos os credores com a declaração da fallencia direitos eguaes, não são toleráveis os concertos particulares com o devedor, os pagamentos por fora como vulgarmente são chamados, e que representam a chaga das fallencias e dos meios preventivos de sua declaração.

A lei procura evitar não só a venda do voto nas deliberações dos credores com o fim de o votante obter vantagens pessoaes, como também a violação da par conditio.

A palavra transigir empregada pelo Decr. n. 917 no art. 81 n. VI não deve ser tomada no sentido technico-juridico, mas sim como significando convencionar, ajustar, negociar.

O concerto para ser criminoso deve ser feito com o próprio devedor. Abre, deste modo, a lei uma grande porta á fraude tolerando que um terceiro, um compadre do fallido, negocie a venda do voto!

5.º O corretor que intervier em qualquer operação mercantil do fallido depois de declarada e publicada a fallencia ¹. Vide n. 299.

SECÇÃO VI

Processo e julgamento dos crimes equiparados á fallencia culposa e fraudulenta e dos commettidos por outros que não o devedor

Summario. — 1056. Processo e julgamento dos crimes que apparecem na fallencia. — 1057. Idem nos meios de prevenir a declaração de fallencia.

1056. Todos os crimes que apparecem na fallencia, equiparados quanto á penalidade á fallencia culposa ou fraudulenta,

¹ Decr. n. 917, art. 81 n VII.

sejam seus agentes o fallido ou outras pessoas, sãp de acção publica, e quanto á formação da culpa e julgamento se observa o mesmo processo da qualificação da fallencia e do julgamento da fallencia culposa ou fraudulenta ¹.

Vide quanto se disse nos ns. 1029 a 1034, 1035 a 1043.

1057. Quanto aos factos puníveis em relação aos meios preventivos de fallencia (ns. 1052 e 1053) devem, porém, se observar as regras do processo commum, quanto à formação da culpa, isto é, esta deve ser feita perante o juiz criminal. O julgamento plenário será nos termos expostos nos ns. 1036 e segs².

SECÇÃO VII

Efeitos da sentença condemnatoria em fallencia fraudulenta ou em crime a ella equiparado

Summario. — 1058. Efeitos da sentença condemnatoria.

1058. A sentença criminal condemnatoria em fallencia fraudulenta ou por crime a ella equiparado, alem dos efeitos estabelecidos no código penal, produzirá:

a) o de annullar a quitação dada ao fallido;

¹ Decr.n. 917 art 78 § 1.º, verbis “contra o fallido, seus cúmplices e mais pessoas culpadas em relação á fallencia” e art 82 pr.

² Perante o juiz commercial mandou o Decr. n. 917, art.87 § 1º que o curador fiscal promovesse o processo contra o fallido, seus cúmplices, pessoas culpadas com relação á fallencia. Nada disse com relação aos meios preventivos de fallencia, donde aliás afastou a intervenção do curador fiscal.

Parece, pois, que neste caso ao promotor publico, orgam do ministério publico, é que cabe promover a formação da culpa nos termos do direito commum. Quanto ao julgamento o Decr. n. 917 no art. 82 pr. foi expresso.

b) o de rescindir a concordata por pagamento, preventiva ou não, ainda não cumprida, e a moratória:

c) o de annular, independente de sentença civil ou commercial, os actos criminados e de obrigar á restituição dos bens a que se referirem¹.

SECÇÃO VIII

Crimes do pessoal que intervém na fallencia

Summario. — 1059. Pessoal da fallencia incurso em responsabilidade.

1059. O curador fiscal, os syndicos e os membros da comissão fiscal ficarão sujeitos á responsabilidade civil e criminal pelos actos que praticarem em opposição aos interesses a seu cargo, sendo equiparados para os effeitos da penalidade aos empregados públicos ².

FIM DO 2.º E ULTIMO VOLUME.

¹ Decr. n. 917, art. 84.

² Decr. n. 917, art. 85

BIBLIOGRAPHIA

Principaes obras citadas (inclusive as revistas) com indicação das respectivas edições

Aicardi. Nuovi studii di legislazione comparata civile e commerciale sul diritto di revoca degli atti fraudolenti del debitore. Roma 1891.

Annuaire de legislation étrangère contenant le texte des principales lois votées dans les pays étrangers. 1872—1897 (26 vols.).

Ascoli (Prospero). La moratória ed il concordato preventivo. Milano. 1896.

Anbry et Rau. Cours de droit civil français. 4.e ed., 1869 — 1879 (8 vols.).

Baldwin (Edward). A treatise upoun the law of bankruptcy and bills of sale. 7 ed., London, 1895.

Bédarride. Traité des faillites et banqueroutes. 5. ed. 1874 (3 vols.).

Bédarride et Rivière. Traité du dol et de la fraude en matière civile et commercial. 4. ed. 1866 (4 vols.)

Bellavite. L'azione pauliana nel diritto romano.

Benito (Lorenzo). Ensayo de una introducción al estudio del derecho "mercantil. Valência, 1896.

Bloch (Raoul). Étude sur la faillite en droit international privé. Paris, 1892.

Blumenthal. Des droits du vendeur non payé en cas de faillite. Paris, 1890.

Boulay-Paty. Traité des faillites et banquerontes, entièrement refondue par M. BOILEDX, 1854 2 vols.

Brezzo. La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori. Torino, 1892.

Brustlein et Rambert. Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. 1893.

Cabrye. Du droit de rétention. Paris,. 1860. Cândido Mendes. Arestos do Supremo Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro, 1885.

Carfora (Francosco). Del reato di bancarotta nel vigente diritto italiano. Napoli, 1887.

Carle (Giuseppe). La dottrina giuridica dei fallimento nel diritto privato internazionale. Napoli, 1872.

Casellas y Nogués. Quiebras y suspensiones de pagos Madrid, 1888 (2 vols.).

Cavo. La cessazione dei pagamenti e i suoi effetti. Génova, 1891.

Clement (Paul). Étude sur le compte-courant Paris, 1889.

Clóvis Beviláqua. Direito da família. Recife, 1896.

— Direito das obrigações. Bahia, 1896.

Code de Commerce Hungrois, traduit par De la Grasserie. Paris, 1894.

Codes Suédois (Les), traduits par De la Grasserie. Paris, 1895.

Códigos Chilenos (publicação oficial). Santiago do Chile, 1891.

Coelho da Rocha. Instituições de direito civil portuguez. 6.a ed. Coimbra, 1886.

Coelho Rodrigues. Projecto do código civil brasileiro. Imprensa Nacional, 1893.

— Exposição de motivos do projecto do código civil brasileiro e refutação do parecer da comissão revisora do mesmo projecto.

Corrêa Telles. Doutrina das acções accommodada ao foro de Portugal. 5. ed. Coimbra, 1895.

— Doutrina das acções accommodada ao foro do Brazil por TEIXEIRA DE FREITAS. Rio de Janeiro, 1880.

Coulon. Législation nouvelle des faillites. La liquidation judiciaire et la faillite. Commentaire de la loi du 4 Mars 1889. Paris, 1890.

Delamarre et Lepoitvin. Traité théorique et pratique de droit commercial. Nouvelle edition. 1861 (6 vols.).

Didimo da Veiga. Código commercial commentado Rio, 1898. (1º volume).

— As sociedades anonymas. Rio, 1888.

O Direito, revista mensal do DR. JOÃO JOSÉ DO MONTE. 78 vols.

Duvivier. Traité de la faillite des sociétés commerciales. Paris, 1887.

Endeman. Manuale di diritto commerciale, marittimo, cambiário. Versione italiana por CARLO BETOCCHI e ALBERTO VIOHI.; Napoli, 1897-1899. (Estão publicados o 1.º e 2º volumes, e a 1.ª parte do 3º)

Estasèn (D. Pedro). Instituciones de derecho mercantil. Madrid, 1890—1895 (7 volumes e mais outro contendo formulários).

Failloise. Traité des ouvertures de crédit. Paris-Liège, 1891.

Felício dos Santos (Joaquim). Projecto do código civil brasileiro e commentario. Rio de Janeiro. 5 vols. 1884-1887.

Fernandes (Francisco Joaquim). Declaração da fallencia e seus effeitos. Coimbra, 1897.

— Da concordata judicial. Porto, 1898.

Ferreira Borges. Diccionario juridico-commercial. Pernambuco, 1843.

Fórum. Revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação. Redactor e proprietário DR. THEOPHILO RIBEIRO. Ouro Preto, 1896 — 1899, 7 vols.

Gazeta Jurídica. Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do Estado de S. Paulo. S. Paulo, 1893-1899 (20 vols.).

Gazeta Jurídica. Revista publicada no Rio de Janeiro pelo Dr. CARLOS PERDIGÃO, 26 vols.

Gillard (Adrien). La constitution de l'hypothèque conventionnelle Paris, 1891.

Giorgi. Teoria delle obbligazioni. 3.^a ed. Firenze. 1890, 8 vols.

Glück. Commentario alle Pandette. tradotto ed arricchito di copioso note. Direttori, FILIPPO SERAIFNI e PIETRO COGLIOLO. Milano. Desta monumental obra que terá 48 vols. estão publicados 283 fascículos.

Guariglia. Il concordato del diritto italiano e straniero. Napoli, 1892.

Guillouard. Traité du nantissement et du droit de rétention. 2. ed. Paris, 1896.

Haberstich. Manuel du droit fédérale des obligations, traduit par CH. GILLIÉRON. Moudon, 1886, 3 vols.

Holland. The elements of jurisprudence. Eighth edition. Oxford, 1896.

Hollanda Cavalcante. Informação sobre o processo das quebras apresentada ao Sr. Dezembargador e Conselheiro João LOPES DA SILVA COITO, presidente do Tribunal do Commercio da Corte pelo Dr. LUIZ DE HOLLANDA CAVALCANTE DE ALBUQUERQUE, juiz de direito da 1.ª vara commercial. Rio de Janeiro, edictor B. L. Garnier, 1865. 1 folheto de 32 paginas.

Humblet. Traité des faillites, des banqueroutes et des sursis de payement. Bruxelles-Paris, 1880.

Inglez de Souza. Títulos ao portador no direito brasileiro. Rio de Janeiro, 1898.

João Monteiro. Theoria do Processo Civil e Commercial; publicada na Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo. Está publicado o 1.º vol., mas as citações que desse importantíssimo livro fazemos referem-se á publicação naquella Revista.

Jitta (Josephus). La codification du droit international de la failite. Haye, 1895.

Kent. Commentaries on American Law. Fourteenth edition. Boston, 1896. 4 vols.

Lacerda de Almeida (Francisco de Paula). Obrigação. Porto Alegre, 1897.

Lafayette. Direitos de familia. Rio de Janeiro, 1889.

— Direito das cousas. Rio de Janeiro, 1877. 2 vols.

Laurent. Principes de Droit Civil Français. 4^a edition. Bruxelles-Paris, 1885, 6 vols.

— Avant-Projet de Révision du Code Civil. 6 vols. Bruxelles, 1882 a 1885.

Lierena (Baldomero). Concordancias y comentarios del código civil argentino. Buenos Aires, 1887. 7 vols.

Lomonaco. Istituzioni di diritto civile italiano. 2.^o edizione. Napoli, 1894. 7 vols.

— Delle obbligazioni e dei contratti in genere. Napoli, 1887. 3 vols.

Loureiro (Lourenço Trigo). Instituições de direito civil brasileiro. 4.^a edição. Rio de Janeiro, 1871. 2 vols.

Lyon-Caen & Renault. Traité de Droit Commercial. 2.^e edition. Paris, 1889—1899. 8 vols. publicados.

Mackeldey. Manuel de Droit Romain. Trad. de J. BEVINO. 3.^a edit. Bruxelles, 1846.

Mafra. Jurisprudência dos tribunaes. Rio de Janeiro, 3 vols.

Maierini. Della revoca degli atti fraudoleuti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori, 2^a ediz. Firenze, 1877.

Maierini-Giorgi. A mesma obra, 3.^a ediz. Firenze, 1898.

Malagarriga. Efectos penales de la quiebra. Buenos-Ayres, 1896.

Manara. Gli atti di commercio. Torino, 1887.

Marghier. Il diritto commerciale italiano. Napoli, 1886-1893. Estão publicados 3 vols.

Masi (Tito). Del fallimento e della bancarotta. Bologna, 1883.
2 vols.

Massé. Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. 3.^aed. Paris, 1874. 3 vols.

Mattirolo. Trattato di diritto giudiziario civile italiano. 4.^a edizTorino, 1892—1898. 6 vols.

Maynz. Cours de droit romain. 4.^a edition. Bnixelles, 1876. 3 vols.

Medina y Marñilon. Leys civiles de Espana. Madrid, 1893.

Montenegro. Trabalhos judiciários. Rio de Janeiro, 1895.

Mourlon. Rópótitions écrites sor le code civile. 12.^a edition. Paris, 1884. 3 vols.

Namur. Le code de commerce belge revise. 2." edition. Bruxelles, 1884. 3 vols.

Obarrio (Manuel). Estúdio sobre las quiebras. Buenos Aires, 1895.

Orlando. Código commercial do Brazil. 5.^a edition. Rio de Janeiro, 1896.

Pardessus. Cours de droit commercial. 6.c ed. Paris, 1856, 4 vols.

Paul Pont. Commentaire-traité des privilèges et hypothèques. Paris, 1876. 2 vols.

Paula Baptista. Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial. 3.^a ed. Pernambuco, 1872.

Pelletier (Micbel). Manuel pratique de droit commercial, industriei et maritime. Paris, 1895. 2 vols.

Renouard. Traitó des faillites et banquoroutes. 3^a edit. Paris, 1897.

Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro, 1862 a 1894. 15 vols.

Revista de Jurisprudência. Rio de Janeiro, 1897 a 1899. 6 vols.

Revista Mensal das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de S. Paulo coordenadas pelo DR. JOSÉ MACHADO PINHEIRO LIMA, ministro do mesmo Tribunal. S. Paulo, 1895 a 1898. 9 vols.

Revista dos Tribunaes. Publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. Bahia 1894 a 1899. 15 vols.

Ribas. Curso de direito civil brasileiro. Rio de Janeiro. 1880. 2 vols.

— Consolidação das leis do processo civil, commentada. Rio de Janeiro. 1879. 2 vols.

Robson. A treatise on the law of bankruptcy. Seventh edition. London, 1894.

Rossel (Virgile). Manuel du droit fédéral des obligations. Paris.

Ruben de Couder. Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime. 3.e edit Paris, 1877 — 1881, 6 vols.

— Supplement au dictionnaire de droit commercial, industriei e maritime. Paris, 1897. 2 vols.

Sacerdoti (Adolfo). Diritto del creditori per gli atti compiuti dal fallito anteriormente alla dichiarazione del fallimento, 1885.

— Del fallimento. Nozioni fondamentali e parte materiale. 1881.

Saleilles. Essai d'une theorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand. Paris, 1890.

Salvia. La procedura di fallimento. Napoli, 1898.

Segóvia. Explicacion y critica del nuevo código de comercio de la Republica Argentina. Buenos Aires, 1892. 3 vols.

Serafini (Filippo). Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile pátrio. Firenze, 1892. 2 vols.

Silva Costa. Contracto de conta-corrente. Rio de Janeiro, 1886.

Smith. A compendium of mercantile law. Tenth edition edited by JOHN MACDONELL, London, 1890. 2 vols.

Souza Pinto. Diccionario da legislação commercial brasileira. Lisboa, 1892. 2 vols.

Sraffa. Il fallimento delle società commerciali. Firenze, 1897.

Stephen's New commentaries on the law of England. Twelfth Edition, 1895. 4 vols.

Supino. Diritto commerciale, 2.º edizione. Firenze, 1890.

— La rivendicazione nel fallimento. Firenze, 1881.

Teixeira de Freitas. Consolidação das leis civis, 3.^a ed. Rio de Janeiro, 1876.

— Additamentos á consolidação das leis civis. Rio de Janeiro, 1879.

— Additamentos ao código do commercio. Rio de Janeiro, 1878. 2 vols.

— Código Civil (Esboço). Rio de Janeiro. 1860 —1865, com 4907 artigos.

— Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro, 1883.

Thaller. Des faillites en droit comparé. Paris, 1887. 2 vols.

— Traité elementaire de droit commercial. Paris, 1898.

Thöl. Trattato di diritto commerciale, versione italiana de MARGHIERI. Napoli, 1881 — 1884. 4 vols.

Vidari. Corso di diritto coramerziale. 4^a edizione. Milano 1893 — 1898. 9 vols. Observação. As citações feitas de Vidari neste livro são: os vols. 1 a 7 da 4.^a edição; os vols. 8 e 9 da 3.^a.

Visconde de Cayru (Silva Lisboa). Princípios de direito mercantil e leis de marinha. Sexta edição por CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA. Rio de Janeiro, 1874. 2 vols.

Visconde de Ouro Preto. Credito movel pelo penhor e o bilhete de mercadorias. Rio de Janeiro, 1898.

Vivante. Trattato di diritto commerciale. Torino. 1893—1899. 3 vols. publicados.

Indice Alfabético

Abandono do estabelecimento caracteriza a fallencia, n. 95.

Abandono da massa dá logar ao encerramento da fallencia, tanto no primeiro período, n. 486, oomo no segando, n. 672.

Abertura de credito. Noções geraes sobre este contracto, nota 1, pag. 177 do 1.º vol. — Garantida por hypotheca celebrada durante o período suspeito, n. 342.

Accidentes extraordinários imprevistos e de força maior, condição essencial para a moratória, n. 903.

Acção criminal contra o fallido e seus cúmplices, ns. 162 e 1035.

Acção pauliana. Vide Acção revocatoria.

Acção reivindicatória, obsta a venda dos bens, n. 629. — Seu rito processual, n. 763. Vide Reivindicação.

Acção revocatoria ou de nullidade. No direito civil (acção pauliana), n. 289. — Sua admissão no direito commercial, ns. 290 e sega. — Acção revocatoria commercial, ns. 355 a 360. — Suas normas especiaes, ns. 379 a 383. — Por quem deve ser proposta, ns. 384 a 388. — Contra quem, ns. 389 a 393. — O concordatario não pode promovel-a, n. 558. Acções e execuções individuaes dos. credores, ns. 199 a 208 e 846. — Pendentes na occasião da abertura da fallencia, n. 205. — Que o fallido pode propor suo nomine, n. 238. — Propostas ou defendidas pelo concordatario, .n. 556. — Contra ou a favor da massa, ns. 408 e 453. — Para que os syndicos definitivos intentem, sigam ou defendam alguma acção em nome da massa devem ser auctorisados pela commissão fiscal, n. 619. — E' necessária a intervenção do curador fiscal nas acções

movidas pela ou contra a massa no período da liquidação?, n. 620. — Perante que juiz correm as acções movidas pela ou contra a massa, n. 621. — Os credores excluídos podem propor contra a massa, n. 651. — A moratória não suspende o andamento ou a propositura das acções, n. 926. — Só suspende as execuções, n. 925. — Execuções que a moratória não suspende, n. 927.

Accordo extra-judicial. Vide Comcordata Preventiva.

Activo da fallencia. Sua liquidação, ns. 625 e segs. — Venda de todo o activo, n. 630. — Distribuição do producto entre os credores, ns. 656 e segs.

Actos aleatórios n. 318

Actos commerciaes n. 49.

Actos equiparados á fallencia culposa ou fraudulenta.
Vide Fallencia culposa, Fallencia fraudulenta.

Actos de improbidade contra os direitos dos credores, ns. 999 e segs.

Actos fraudulentos ns. 363 a 360. Vide Acção revocatoria. Fraude.

Actos mixtos, em parte gratuitos e em parte onerosos, n. 313.

Actos nullos e annullaveis. Theoria, ns. 284 e segs. — Actos absolutamente nullos de pleno direito, ns. 296 a 302 — Actos nullos do pleno direito a beneficio da massa, ns. 803 e segs. — Actos annullaveis a beneficio da massa, ns. 351 e segs. — A pratica desses actos depois do sequestro ou da fallencia, n. 1045.- Seus effeitos, ns. 361 e sem.

Actos a titulo gratuito, ns. 309 e segs. Effeitos da sua invalidade n. 375.

Actos a titulo oneroso entre o fallido e parentes, n. 352.

Administração dos bens do fallido, ns.193 e 248 e segs; no, caso de concordata por pagamento, n. 653.

Administração da massa no primeiro período, ns. 445 e segs. — No segundo período, ns. 616 e segs.

Advogados, da massa, n. 447 e nota 6 pag. 39 vol. 2.º. — Os constituídos pelo fallido para defendel-o do processo civil ou criminal da fallencia não são pagos pela massa, n. 681. — O fallido não precisa de licença judicial para nomear advogado no processo da fallencia e nas acções em que intervier como assistente, nota 2 pag. 165 do 1.º vol

Agentes auxiliares do commercio, n. 54

Agentes do fallido. Seu privilégio, n. 771. Agentes de câmbio não têm privilegio, n. 771.

Agentes de leilões. Sua fallencia, n. 54; é sempre fraudulenta, n. 1026. — , ' Não podem ser os fallidos, n. 245. — Não podem prevenir a declaração de falleneia, n. 891.

Agentes de negócios. Não são credores privilegiados, n. 771.

Aggravo. Não são taxativos os casos do Decr. n. 917, nota 1 pag. 35, 1.º vol. — Da sentença declaratória da falleneia, ns. 180, 184 e 185. — Da sentença denegatoria da fallencia, n. 186. — Do despacho que ordena a prisão administrativa, nota 3 pag. 166 do 1.º vol.- Do julgamento das contas dos syndicos, n. 420. —Não cabe da destituição de syndicos provisórios, nota 1 pag. 281 do 1.º vol.— Não cabe da admissão de credores para tomarem parte nas deliberações, nota 1 pag. 302, 1.º vol. —Cabe do despacho que manda pro-seguir a fallencia depois de pagosos credores, n. 485. — E do despacho que decreta ou não a destituição de syndicos definitivos e de membros da commissão fiscal, n.

606. — E da sentença da classificação decréditos, n. 650. — E do despacho que não toma conhecimento da reclamação contra a classificação sob o fundamento de ter sido apresentada fora do prazo, nota 7 pag. 26 do 2.º vol. — E da sentença que julga provados ou não provados os embargos de terceiro senhor e possuidor, n. 757. — Credor não pode agravar da sentença que julga as contas dos syndicos, nota 1 pag. 280 do 1º vol. — Do despacho que regeita in limine a petição de moratoria, n. 908. — Da sentença que indefere o pedido de moratória, n. 912.- Do julgamento da cessão de bens, n. 993. — Da sentença que denega a cessão de bens, n. 994. — Da sentença que homologa a concordata preventiva, n. 960.

Agricultor não está sujeito á fallencia, n. 55.

Alienação. Que seja, nota 1, pag. 208, 1.º vol. — De moveis a non domino, ns. 689 e 690 e notas- — Não é annullada em virtude da posterior reivindicação, n. 754. — De bens, sem sciencia dos credores e com desfalque do património, caracteriza a fallencia, n. 95. — Alienação de bens immoveis não pode fazer o devedor em moratória, n. 920, nem durante o processo da concordata preventiva, ns. 952 e 962.

Alimentos. Direito do fallido, sua viuva e filhos menores, n. 246. — A massa paga-os preferencialmente, n. 680.

Antichrésé, remissão, n. 450. Vide Hypothecas, Credores antichresistas.

Appellação. Da acção revocatoria commercial, n. 383. — Dos embargos á concordata, n- 543. — Da sentença condemnatoria ou absolutória no processo criminal, n. 1041.

Armazéns geraes. — Que sejam, n. 74. Venda de mercadorias ahi depositadas, n. 637.

Artistas. Seu privilegio, n. 803.

Arrecadação de bens, ns. 435 a 437. — Bens que não são arrecadados, ns. 438 a 442. — Não se suspende com os embargos á declaração da fallencia, n. 182; nem com o agravo, n. 185.

Arrendamento. Fallencia do locador ou locatário, n. 281. — Reivindicação da cousa entregue a titulo de arrendamento, n. 694. — Privilegio do locador, n. 815.

Arresto nos bens dos negociantes matriculados, nota 3 pag. 59 do 1.º vol. — Os casos de arresto no processo commum justificam a declaração da fallencia, n. 94.

Associações Commerciaes. Nos logares onde não ha sede da Junta Commercial servem de jurados os sócios nacionaes para o julgamento dos crimes, n. 1037. — Comunicação dos fallidos a essas corporações, n. 172.

Avaliador, o fallido não pode ser, n. 245.

Assistência. Dos credores nas secções pela ou contra a massa, n. 202. — Na acção revocatoria, n. 881. — Nos embargos de terceiro senhor e possuidor, n. 760. — Assistência do fallido, n. 338.

Ausentar-se furtivamente, é facto que caracteriza a fallencia, n. 95.

Auxiliares do fallido, seu privilegio, n. 771.

Balanço, Que seja, que deve comprehender quando apresentada pelo fallido, n. 111. — Quando o devedor não o pode apresentar dentro de cinco dias, nota 3 pag. 96 do 1.º vol. — Levantado e verificado pelos syndicos provisórios, na. 457 e segs Revisão pelos syndicos definitivos, n. 644. — Occultação de qualquer somma, bens ou títulos, e inclusão de dividas activas pagas ou prescriptas, n. 1018.

Bancarrota. — Que seja, na. 88 e 1000.

Bemfeitorias. No caso de invalidade do acto, n. 864. — Credores por bemfeitorias, n. 805.

Bens do fallido. Constituem a garantia cominam dos credores, nota 3 pag. 38, 1.º vol. Efeitos da fallencia quanto a elles, ns. 248 e segs. — Por quem não podem ser comprados, ns. 400 e 631. Não passam para a propriedade dos credores, n. 198. — Bens que não podem ser obrigados por dividas, ns. 438 e 1024. — Partilha dos bens in natura entre os credores, n. 686. Vide Arrecadação, Administração, Venda.

Bens incommunicaveis. Vide Mulher do fallido.

Bens de terceiro. Vide Embargos de terceiro senhor e possuidor.

Bilhetes de mercadoria. Synthese histórica deste instituto. Seu caracter jurídico, n. 73.

Boa fé, nas aquisições de moveis de quem não era dono, nota 3 pag. 46 do 2.º vol. — Nos meios preventivos da declaração de fallencia, n. 888. Do terceiro nos actos nullos e annullaveis, ns. 371 e segs. — Na cessão de bens, n. 986 e notas.

Caixeiros, n. 54 Seu privilegio n. 771. Vide Empregados.

Capacidade do fallido. Civil, ns. 232; e segs. — Politica, a. 281.

Carpinteiros são commerciantes, nota 2, papr. 49 do 1.º vol.

Carregadores. Seu privilegio, n. 818.

Casa matriz. Vide Estabelecimento principal.

Casamento. Archivamento e lançamento no registro do commercio dos contractos antenupciaes, n. 1024. — Idem idem dos títulos dos bens incommunicáveis, a. 1021. — Vide Regimen matrimonial.

Caso julgado não faz a sentença denegatoria de fallencia, n. 175. — Nem a sentença nos embargos de terceiro senhor e possuidor, n. 759.

Caução. Vide Penhor.

Causas de fallencia, pertencem a jurisdição local, n. 97, e á contenciosa n. 99.

Cessação do exercício do commercio, não obsta a fallencia, n. 60; nem os meios preventivos de sua declaração, n. 889.

Cessação de pagamentos, ns. 40 a 42, 44 e 45.

Cessão, pagamento antecipado por meio de, n. 329.

Cessão de bens. No direito romano, ns. - a 079. — No direito civil pátrio, nota 1, pag. 94, 1.º vol. e a. 980. . — Nas legislações modernas, n. 981.— O systema do Decr. n. 917, seus inconvenientes, n. 182. — Conceito da cessão de bens na economia doDecr. a. 917, n. 983. — Condições essenciaes para a sua existencial ns. 984 a 986. — Rito processual da cessão de bens, n. 987 e segs. — Recursos da sentença que concede ou denega a cessão de bens, ns. 993 e 994. — Efeitos da cessão de bens, relativamente ao devedor, n. 995, relativamente aos credores, ns. 996 e 997, relativamente aos sócios, n. 998.

Cessio bonorum, n. 2.

Cheques. Seu character jurídico, n. 76.—Visados ou não, a provisão querepresentam não é credito reivindicante, n. 692.

Clausulas penaes, ns. 217 e 259.

Classificação de créditos. Vide Verificação definitiva e classificação de créditos.

Clearing-house, nota 1, pag. 77 do 1.º vol

Cobrança das dividas activas, n. 447. — Onde deve ser recolhido o producto, n- 451.

Código Commercial. Sua elaboração, n.5.— Queixas sobre as disposições relativas á fallencia, n. 6.

Commerciante. Qualidade jurídica, n. 47 e segs. Vide Matricula.

Commissão (Contracto de) Del credere, n. 697. — Reivindicação dos donos de mercadoria em comissão de compra, n. 698. — Idem em comissão de renda, a- 699, a. — A comissão de venda de cafés na praça de Santos, nota 2 pag. 51 do 2.º vol — Privilegio do commissário, n. 802.

Commissão fiscal da concordata por pagamento. Sua nomeação e attribuições, n. 502. — Deve requerer a rescisão da concordata por pagamento, n. 576, e em que casos, ns. 568 e segs.

Commissão fiscal da concordata preventiva. Sua nomeação n. 959. — Suas attribuições. n. 966. Quando pode promover a rescisão, os. 973 e 974.

Commissão fiscal da moratória. Sua nomeação, n. 914. — Suas attribuições, n. 935. — Seus membros exercem o cargo pessoalmente, n. 936.

Commissão fiscal da fallencia. Sua eleição e funções, n. 610. — Apreciação sobre essa instituição, n. 611. — Attribuições, n. 612. — Remune-ração, n. 613. — Fiscalisa os syndicos definitivos, n. 601. — Destituição dos seus membros, n. 612. — O fallido pode requerer essa destituição? n. 603. — Auctoriza os syndicos a estarem em juízo, n. 619. — Seus membros não podem comprar bens da fallencia, n. 631.

Comissão de syndicancia. Da moratória, sua nomeação, n. 909; suas attribuições, n. 910- — Da concordata preventiva, n. 949. — Da cessão de bens, ns. 988 e 989; suas attribuições, n- 990.

Commissario de transporte. Sua fallencia, n. 54. — não podem prevenir a sua declaração, n. 891. — Seu privilegio, n. 800.

Commodato. Que seja, seus elementos e reivindicação do dono da cousa em poder do fallido a titulo de commodato, n. 695.

Compensação não ha entre créditos e débitos de terceiro para com o fallido, n. 214. — Pagamento antecipado por medo de, n- 332. — Não pode ser oposta na acção revocatoria, n.382. — Affinidade e differença do direito de retenção, n. 814.

Competência ratione matéria para as causas de fallencia, n. 98; ratione personte, n. 100. — Juiz competente - para a declaração da fallencia, ns. 98 e 100. — Para a qualificação da fallencia, n. 1030. — Para o julgamento dos crimes, ns. 1036 a 1039, na. 1056 e 1057. — Para os meios preventivos da declaração de fallencia, n. 892.

Compra. De bens em nome de terceiro, n. 1021. Vide Tenda, VendeA dor. Comprador.

Comprador. Direitos do comprador na fallencia do vendedor, ns. 734 a 737. — Direitos do vendedor na fallencia do comprador,- ns. 713 a 733.

Concordata. Seu conceito n. 490. — Sua natureza jurídica, ns. 491 a 494. Suas formas, n. 497. — Deve ser o fructo da boa fé, n. 523. — Penas do devedor e do credor no caso de fraude ou má fé. ns. 533 e 1050.

Concordata amigável, n. 953 e nota 4 pag. 192 do 2.º vol.

Concordata por abandono. Escorço histórico, n. 503. — Seu conceito, ns. 504 e 505. — Differe da cessão de bens, n. 506. —

Clausulas, n. 507. — Formação, ns- 508 a 534. — Proposta, n. 508. — Apoio prévio, n. 509. — Apresentação da proposta, ns 510 e 511.— Deve ser votada logo, n. 513. - Por que credores deve ser concedida, n. 514. — Credores excluídos da votação, ns. 517 a 526. — Maioria hábil, n. 527. — Rejeição da concordata, recurso, ns. 531 a 533. — Não paga sello,' n. 534. — Opposição por meio de embargos, ns. 535 a 543. — Efeitos da concordata por abandono, ns. 564 a 566. — Anulação especial da concordata, ns. 586 e 587. — Na fallencia de sociedade, n. 866.

Concordata por pagamento. Seu conceito, n. 497. — Suas bases, n. 499. — Fiança ao seu cumprimento, n. 500. — Comissão fiscal, n. 502. — Formação desta concordata, ns. 508 a 534 — Proposta, n. 508. — Apoio prévio, n. f 509. — Apresentação da proposta, ns. 510 e 511. — Deve ser votada logo, n. 513. — Por quem deve ser concedida, n. 514- — Credores excluídos da votação, ns. 517 a 526. — Maioria hábil, n. 257 — Rejeição da concordata, recurso, ns. 531 a 533. — Não paga sello, n- 534. — O requerimento para convocação de credores não suspende o curso da fallencia, n. 512. — Opposição por meio de embargos, ns. 535 a 543. — Efeitos da concordata por pagamento, ns. 545 a 563. — Efeitos quanto ao concordatario, ns. 549 a 558. — Quanto aos credores, ns. 559 a 563. — Rescisão, ns. 567 a 587. — Casos de rescisão, ns. 568 a 575. - — A concordata não cumprida pode ser rescindida, ou melhor, resolvida? Exame da questão, ns. 573 a 575 - Quem pode requerer a rescisão, ns. 576 a 578. — Processo da rescisão, n. 579. — Efeitos da rescisão, ns. 580 a 585 e 873. — Anulação especial da concordata, ns. 586 e 587. — Na fallencia de sociedade, n. 867.— Novação operada quando proposta pelos sócios, n. 870.

Concordata preventiva, n. 157. Seu conceito e natureza, objecto, e vantagens, ns. 941 e 942. — Como pode ser formada, n. 944. — A comissão fiscal, n. 945. — A concordata preventiva formada judicialmente, ns. 946 a 949. — Ordem judicial para sustar os procedimentos executivos, n. 950. — Actos prohibidos ao devedor durante

a formação dessa concordata, n. 951. —A concordata preventiva formada extra-judicialmente, ns. 953 a 962. — Efeitos jurídicos da concordata preventiva, n. 963. — Efeitos relativos ao concordatario, ns. 964 a 967. — Efeitos relativos aos credores, ns. 968 a 969. Efeitos relativos aos sócios, quando a concordataria é sociedade mercantil, ns. 970 e 971. — Rescisão e resolução da concordata preventiva, ns. 972 a 978. — Crimes a punir na concordata preventiva, ns. 1051 e segs. -.

Concursus sistit processus, n. 204.

Condição. Que seja, nota 5 pag. 151 do 1.º vol.

Condição suspensiva. Credores com, podem requerer fallencia, n. 128. — Não votam na concordata, n. 523. — A elles não se applica a exigibilidade prematura, n. 221.

Cônjuge. Vide Parentes, Mulher.

Conhecimento de frête, ns. 71 e 92. O recebimento do conhecimento pelo fallido faz cessar a reivindicação do vendedor, n. 727.

Conta-corrente. Seu conceito, efeitos e influencia que sobre ella exerce a fallencia de um ou de ambos os correntistas, ns. 260 a 268. — Da clausula salvo embolso, ns. 265 e 266.

Contas. Vide Prestação de contas.

Contas mercantis. Sua verificação para a fallencia, ns. 78 a 84.

Continuação do negocio do fallido, ns. 461 a 465.; 'E também um modo de liquidar o activo, n. 634. Os créditos oriundos da continuação do negocio são da massa, n. 681.

Contracto social deve ser exhibido quando a sociedade, pelos seus orgams, se declara fallida, n. 118; e quando o sócio requer a fallencia, n. 124.

Contracto de união. Em que casos se constitue, n. 588. Seu escopo, h. 589.1 Impropriedade dessa denominação, n. 590. Como se dissolve o contracto de união, ns. 669 e segs. Contracto de união formado em virtude da cessão de bens, ns. 996 e 997.

Contractos ante-nupciaes. Vide Pactos ante-nupciaes, Doações ante-nupciaes. Dotes e Mulher do fallido.

Contractos synallagmáticos, a prazo, n. 220. — Efeitos da fallencia quanto a elles, ns. 255 e segs. O pagamento antecipado nestes contractos, n. 324. Os créditos resultantes destes contractos cuja execução os syndicos exigirem são da massa, n. 681.

Convocação de credores na fallencia, ns. 467 a 469. — Para a concordata durante o período de liquidação, n: 512. — Para a deliberação da moratória, n. 913. — Para a concordata preventiva, n 951. — Para a cessão de bens, n. 991.

Co-obrigados com o fallido no caso de concordata, ns. 561 e 566. — No caso de moratória, n. 929. — Theoria dos co-obrigados, ns. 829 a 835.

Co-proprietarios. Vide Credores separatistas.

Correspondência epistolar do fallido, n. 408, 3ª attribuição.

Corretores. Sua fallencia, n. 54.—Notas dos, n. 77. — Os fallidos não podem ser, n. 245. Incorrem em fallencia fraudulenta, n. 1026. Que intervieram em qualquer operação mercantil do fallido, n. 1055. Não têm privilegio na fallencia de seus devedores, n. 771 e nota. Não podem prevenir a declaração de fallencia, n. 891.

Cousa alheia. Aquisição da, ns. 689 e 690.

Créditos na fallencia são reduzidos a uma mesma expressão pecuniaria, n. 643. Em moeda metallica, n, 643. Créditos simulados, n.

1055. Despesas feitas com a reconhecimento dos créditos não são attendidas, n. 677.

Credor. Direito de requerer fallencia, ns. 126 e segs. — Não obsta que seja privilegiado, nota 2 pag. 104 do 1.º vol. — Nem condicional, n. 128. e Nem estrangeiro, n. 126. — Pode não ser commerciante, n. 126 e nota, e a divida não vencida, n. 127. — Um só credor não impede a abertura da fallencia, n. 131. Credores que não podem requerer fallencia, n. 130. Condições para o credor commerciante requerer a fallencia, n. 132. Idem para o credor não commerciante, n. 133. — credor quer requer fallencia dolosa'e falsamente, n. 134, e com culpa, n. 135. — Os credores como formam a massa, n. 191. — Os credores não se tornam proprietários dos bens do fallido, n. 193. — Suspensão das acções e execuções individuaes, ns. 199 e segs. — Podem ser assistentes nas acções em que a massa é interessada, ns. 202 e 381. — Físcalisam a administração dos syndicos, n. 203. — Como deliberam, n. 425. — Podem ser representados por procurador, n. 426. — Seus representantes legaes, n. 427. — Credores menores, ns. 428 e 429. — Sua convocação na fallencia, ns. 467 e 469. — Reunião ordinária, ns. 470 a 475. Credores excluídos de votar a concordata, ns. 517 a 524. Os credores podem requerer a rescisão da concordata por pagamento? n. 577. — Credores unionistas, n. 614. Credores de moeda metallica estrangeira, n. 643. — Credores excluídos da classificação, suas acções contra a massa, ns. 650, 651 e 652. Credores retardatários, n. 653. — Credores ausentes, n. 666. — Differentes espécies de credores e seus direitos, ns. 676 e segs. — Os habilitados com sentença de preceito não figuram na fallencia, nem os por títulos de liberalidade, salvo por doações remuneratórias, n. 67—Os credores não podem exigir da massa as despesas feitas com o reconhecimento de seus créditos, n. 677. — Credores de um defuncto cujo herdeiro é o fallido, n. 765. — Credores de alugueis, rendas ou foro de prédios, ns. 815 a 817. — Credores sujeitos aos effeitos da moratória, ns. 924 e segs. — Qualquer credor pode

requerer o que for a bem da justiça na qualificação da fallencia, n. 1031. Os credores podem ser testemunhas no processo criminal? n. 1033. Credor legitimo que fizer concerto com o devedor em prejuízo da massa e transigir com o voto, n.1055.

Credores antichresistas, n. 781.

Credores chirographarios. Quaes sejam, n. 827. — Como são pagos n. 663.

Credores civis, n. 66. Vide Divida civil.

Credores condicionaes podem requerer a fallencia, n. 128. — São contemplados na fallencia, n. 221. — E são verificados e classificados, n. 642.

Credores contestados, não ficam sujeitos á concordata, ns. 522 e 560.

Credores com direito de retenção. Vide Direito de retenção.

Credores de dominio são os reivindicantes, n. 682.— Impropriedade dessa expressão, nota 1 pag. 41 do 2.º vol. Vide Credores reivindicantes, Reivindicação.

Credores da fallencia, quaes são, n. 676.

Credores hypothecarios. Podem requerer fallencia, nota 2, pag. 104, 1.º vol. — Não votam na concordata, sob pena, ns. 517, 518, 521. e 525. — Idem tendo garantias de terceiro, n. 520.. — Como são pagos, n. 662. — Sua preferencia, n. 821. — Liquidação da hypotheca na fallencia, ns. 822 a 824. — Prioridade das hypothecas, n. 825. — Quando cessa- essa prioridade, n. 826. — Não são atingidos pela moratória, n. 927. — Não podem votar na moratória, n. 914. — Vide Hypothecas.

Credores da massa. Conceito geral, n. 679. — Quaes sejam, ns. 680 e 681. Não votam na concordata, ns. 517 e 525. — Não estão sujeitos á verificação e classificação, n. 642,— Como são pagos, n. 657.

Credores particulares dos sócios, ns. 67 e 846. — Nas fallencias das sociedades existem duas ordens de patrimónios e duas ordens de credores, h. 856. — Como se pagam os credores particulares, n. 859 — Não tomam parte nas nomeações de syndicos e da commissão fiscal, n. 864. — Nem na concordata, n. 872.

Credores pignoratícios. Quaes os seus direitos na fallencia, ns. 775 a 780. — Uma vez pagos desligam se da massa, n. 778. Vide Penhor.

Credores privilegiados. Quaes sejam ns.766 e segs. — Não votam na concordata, sob pena de... ns. 517, 518, 521 e 525. — Como são pagos, I ns. 661 è 769. — Vide Privilegios. Não são atingidos pela moratória, n. 927. — Não votam na moratória, n. 914. Pelos saldos são chirographarios, n. 827.

Credores reivindicantes. Quaes sejam, ns. 682 e segs. — Improriedade desta expressão, nota 1 pag. 41 do 2.º vol. Não votam na concordata, sob pena... ns. 517,518, 521, 525. — Como são pagos, n. 658. Vide Reivindicação na Fallencia. Não são atingidos pela moratória, n. 927. — Não podem votar na moratória, n. 914.

Credores separatistas. Quaes sejam e seus direitos, ns. 764 e 765. — Não votam na concordata, sob pena... ns. 517, 518, 521, 5251 — Como são pagos, n. 659.

Credores sociaes, n. 856. — Como são pagos, n. 858. — Só elles tomam parte nas deliberações sociaes, n. 863. — Elegem os syndicos e com-missão fiscal, n. 864. — Deliberam sobre a concordata, n. 572.

Crimes na fallencia e nos meios preventivos da declaração de fallencia, n. 999. — Sua natureza jurídica, n. 1000. — Quando se tractor

de sociedade quem incorre em crime, n. 1001. — A esses crimes se applicam todas as regras fundamentaes do Cod. Penal, n. 1002. — Interpretação nessa matéria, n. 1003. A culpa e a fraude elementos alternativos. ou concorrentes das figuras de crimes que apparecem na fallencia, n. 1005. — Quem forma a culpa desses crimes, ns. 1030 e 1056; Quem os julga, ns. 1036 a 1039. Crimes equipara dos a fallencia culposa e fraudulenta quanto aos effeitos da penalidade, ns. 1044 a 1050. Crimes commettidos pelo devedor por occasião dos meios preventivos da declaração de fallencia, ns. 1051 a 1053. — Crimes de outras pessoas que não os devedores, por occasião da fallencia e dos meios preventivos de sua declaração, ns. 1054 e 1055. — Processo e julgamento dos crimes equiparados á fallencia culposa e fraudulenta e dos commettidos por outras pessoas que não o devedor, ns. 1056 e 1057. — Effeitos da sentença condemnatoria em fallencia fraudulenta ou em crime a ella equiparado, n. 1058. Vide Fallencia culposa, Fallencia fraudulenta.

Culpa. Vide Crimes, Fallencia culposa

Cumplicidade nos crimes que apparecem por occasião da fallencia, ns. 188, 1028 e 1054.

Curador fiscal das massas fallidas. Condições de sua nomeação, seu exercício, subordinação hierarchica, attribuições, deveres e remuneração, ns. 406 a 410. — Quando pode requerer a fallencia dos commerciantes impontuaes, n. 136. — E' necessária a intervenção do curador nas acções movidas pela ou contra a massa, no período da liquidação? n. 620. — Não pode comprar bens da fallencia, ns. 409 e 631. — Promove o processo da qualificação da fallencia, n. 1031. -Costuma ser ouvido nos meios de prevenir a fallencia, n. 893.

Curadores representam os curatella-dos no processo da fallencia, n. 427.

Curatellados. Bens reivindicáveis, ns. 741 e 742.

Custas do processo da fallencia, n. 31. São pagas pela massa preferencialmente, n. 680.

Debentures das sociedades em comandita por acções. Vide Obrigações ao portador.

Declaração da fallencia. Espontanea pelo devedor, ns. 108 e segs A requerimento de sócio, ns. 119 e segs. A requerimento do credor ns. 12fi e segs. — A requerimento do curador fiscal, ns. 136 e segs. — O devedor que espontaneamente faz declaração da fallencia pode retirá-la até antes da sentença, n. 116.

Decreto n. 917. Sua elaboração, n.8. — Seus principaes defeitos, n. 10. — Sua auotoridade legislativa, n. 11.— Regras fundamentaes para a sua interpretação, ns. 33 a 37. — Seus defeitos quando tracta dos meios ds prevenir a declaração de fallencia, n. 885. — Quando tracta dos actos nullos e annullaveis, n. 293.

Defesa. Daquelle contra quem se promove a fallencia, ns. 151 a 160.

Deposito. Deposito judicial exclue a fallencia, n. 158. Reivindicação que cabe ao depositante, n. 692 e notas. — Deposito regular e irregular, n. 698. Depositário que desvia ou applica em proveito próprio o deposito, n. 1019. — Depositante de dinheiro com caracter de coisa fungível é chirographario, n. 827.

Descendentes do fallido. Vide Parentes.

Desconto das dividas passivas do fallido exigíveis em virtude da fallencia, n. 215. — O desconto importa pagamento antecipado, n. 328. — Desconto das facturas, n. 229.

Desequilíbrio económico. Que seja, ns. 18 e 39.

Despachantes das Alfandegas não podem ser os fallidos, n. 244.

Despezas. Do processo da fallencia, n. 31. — Feitas pelos syndicos, n. 452; é credito da massa, n. 680. — Com o processo do reconhecimento de créditos não são attendidas, n. 677. — Despezas excessivas do falli-do, n. 1012. — Despezas fictícias, n. 1017.

Desvio. De fundos, n. 1019. — De bens do fallido, n. 1055.

Destituição. Vide Syndicos provisorios, Syndicos definitivos, Comissão fiscal.

Devedor. Sua condição no direito romano, nota 1 pag. 1 do 1.º vol. — Declaração espontânea da fallencia, ns. 108 e segs. — Com um só credor pode ser declarado fallido, n. 131. — Defesa do devedor no processo declaratório da fallencia, ns. 144, 148, e 151. — Devedores infelizes e de boa fé, ns. 882, 883 e 888. — Pode prevenir a declaração de fallencia, n. 889. Vide Fallido, Bens do Fallido.

Dinheiro. Sua reivindicação quando entregue por effeito de mandato, n. 707. — Dinheiros da massa onde são recolhidos, ns. 451 e 694.

Direito Commercial. Sua formação, n. 4. — Tendência de sua fusão com o direito civil, n. 24 e notas.

Direito de resolução, nos contractos synallagmaticos ns. 225 e segs. — No contracto de compra e venda, exercido por parte do vendedor, ns. 717 a 719, 721, 722, 724 a 726, 732. Idem, exercido por parte do comprador, ns. 735 e 736.

Direito de retenção. Theoria do direito de retenção, ns. 782 a 814. — Importância do assumpto, n. 782.- Conceito do direito de retenção, ns. 783 a 795.—Causas geradoras do direito de retenção, n. 796. — Direito de retenção legal ns. 797 a 805. — Direito de retenção tácito, ns. 806 a 810. — Realização do direito de retenção, ns. 811 a 812. — O direito de retenção e o direito de penhor; analogia e differença, n. 813. — O direito de retenção e a compensação; affinidades e differenças, n. 814.

Direitos personalíssimos do fallido, ns. 232 e 235.

Direitos políticos. O fallido não fica privado, n. 231.

Dissolução e liquidação social. Vide Sociedade.

Distribuição do producto do activo entre os credores, ns. 656 e segs. Distribuído todo o activo realizado encerra-se a fallencia, n. 669.

Dividas. Não vencidas auctorisam a declaração da fallencia, n. 127.— Pagamento de dividas não vencidas dentro do termo legal da fallencia, ns. 321 e 332. — Dividas activas pagas e prescriptas incluídas no balanço, ns. 111 e 1018. — Dividas de difficil cobrança, sua remissão em que casos pode ser feita, n. 635.

Dividas civis. Não auctorisam a declaração da fallencia, ns. 63 e 130, e é motivo para excluir a fallencia, n. 154. Às dividas civis do commerciante concorrem na fallencia deste, n. 65; consequências disso, n. 66. — A sociedade commercial não tem dividas civis, n. 67.

Dividas mercantis. Vide Obrigação mercantil.

Dividendo. Moeda de fallencia, n. 191 Reserva emquanto pendem as acções dos credores excluídos, n. 652. — São distribuídos dividendos sempre que o rateio seja superior a cinco por cento, n. 664. Dividendos de credores ausentes, n. 666. — Dividendos não reclamados, n. 667. — Na moratória o pagamento deve ser feito proporcionalmente, n. 928.

Doações. Nem sempre repugnam ao commercio, nota 1 pag. 211 do 1.º vol. — Doações antenuptiaes, n. 320 e nota 1 pag. 215 do 1º Vol— Reivindicação dos bens assim doados, n. 738. — Os credores por doações remuneratórias são incluídos na fallencia, n. 677. Vide Actos a titulo gratuito.

Docas. Vide Empresas de docas, Warrants.

Dolo em quem requer a fallencia, ns. 134 e 177.

Domésticos do fallido, seu privilegio, n. 771.

Domicílio, como pode o fallido delle se ausentar, n. 242. – Mudar de domicilio sem sciencia dos credores caracteriza a fallencia, n.95.

Donativos feitos pelo commerciante a seus freguezes, n.315.

Dotes constituídos pelo commerciante a suas filhas, n.319; pelo commerciante à sua mulher no pacto ante-nupcial, n.320. – Restituição ou entrega antecipada do dote, ns. 346 e 347. – Reivindicação dos bens dotaes, n.738. – Insinuação dos dotes, n.320 e nota 1 pag. 216 do 1º vol. – Pelos dotes inestimados a mulher é credora chirographaria, n.827. Vide mulher.

Egualdade entre credores, ns. 36 e 191.

Eleitor. Vide capacidade política, Juncta commercial.

Embargo. Vide Arresto.

Embargos á concordata, ns. 535 a 543 – Oppostos pelo sócio na fallencia de sociedade, n.869.

Embargos á declaração da fallencia, ns. 179, 181 a 183.

Embargos do terceiro senhor a possuidor. E' um dos meios reivindicatórios, n.752. – Quando podem ser offerecidos, n.755. - Seu processo, n.756. – Recursos, n. 757. – Caracter desses embargos, n.758. – A decisão do juiz não faz caso julgado, n.759. – Qualquer credor pode ser assistente e agravar, n.760. - Nesses embargos não se conhece da nullidade da escriptura, n.761. – Obstan à venda dos bens, ns. 629 e 753.

Embargos á moratória, n. 917.

Empregados. Para o serviço da liquidação, n. 622.

Empreiteiros. S.ão commerciantes, nota 2, pag. 49 do 1º vol – Seu privilégio, n.803.

Empresas de circo eqüestres e gymnasticas, n.103.

Empresas de docas, seu privilegio, n.799 e nota 5 pag 100 do 2º vol. Vide Warrant.

Encerramento da fallencia no primeiro período, n. 484; no segundo período, ns. 669 e segs. — Encerrada a fallencia dissolve-se a massa e cessam as funções dos syndicos, n. 674. — O encerramento da fallencia não importa reabilitação, n. 675.

Endossador que recusa prestar fiança no caso do art. 390 do Cod. mostra estar fallido, n. 96.

Endosso importa pagamento antecipado, n. 330 – Abuso de endossos de favor, n. 1015.

Enriquecimento injusto, ns. 37 a 681.

Entrepósitos particulares. A fallencia faz cessar a concessão, n. 244.

Equipagem, seu privilegio, n. 771.

Escripturação da casa fallida, ns. 437 e 622.

Estabelecimento principal. Que seja, n. 100.

Estados. Não podem legislar sobre fallencias, ns. 12 a 17. — Seus privilégios nas fallencias, n. 773.

Estellionato. Reivindicação da cousa obtida por estellionato, n. 709.

Exame de livros para verificação das contas mercantis, ns. 78 a 84.

Execuções. O credor não podr mover contra a massa, excepto, ns. 199 a 208. — Execução das sentenças proferidas nas acções intentadas contra a massa pelos credores contestados ou excluídos, n. 651.

Exercicio da mercancia, ns. 49 e segs.

Exigibilidade antecipada dos créditos, ns. 209 a 224. — Das dividas civis, n. 66. — No caso de concordata preventiva, n. 951. — Dos créditos particulares dos sócios fallidos, n. 840.

Expedição da mercadoria vendida, que seja, n. 723. — Direito do vendedor nesse caso, ns. 723 e segs.

Extorção. Vide Furto.

Extrangeiro. Commerciante pode ser declarado fallido, ns. 47 e 104. — Credor estrangeiro pode requerer fallencia, ns. 47 e 126, sendo dispensado de apresentar registro da firma, mas pode ser exigida fiança ás custas, n. 132.

Fabricantes. Seu privilegio, n. 803.

Factos característicos da fallencia, ns. 43 a 45, 94 e 95. — Devem ser previamente justificados, n.146.

Factura. Obrigação mercantil liquida e certa, n. 71. — Desconto, n. 229.

Fallencia. Synthese histórica, ns. 1 a 4. — Disposições do Cod. Com., sua imperfeição, tentativas de reformas, ns. 5 a 7. — O Decr. n. 917, n 8. — Escopo do uma boa lei, n. 9. — A União compete legislar sobre fallencias, n. 12. — E' instituto mercantil, n. 18. — Ampliação aos não commerciantes, ns. 20 a 24. — E' remédio preventivo de prejuizos e meio extraordinário de execução, n. 25. — Processo, suas phases, ns. 26 a 30- — Despezas do processo n 31. — Pequenas fallencias. Estado jurídico de fallencia, sua determinação jurídica, ns. 38 e segs. —

Condições essenciaes para definir o estado de fallencia, n. 46. — Impontualidade, n. 85. — Factos indicativos do estado de fallencia, ns. 94 e 95. — As causas de fallencia, pertencem á justiça dos Estados, n. 97, e á jurisdição contenciosa, n. 99. — O estado de fallencia é indivisivel e universal, n. 102. — Quem pode requerer, n. 106. — Declaração ex-officio, o. 107. — Declaração espontanea da fallencia pelo devedor, ns. 108 e segs. — Fallencia promovida a requerimento de sócio. ns. 119 e segs; a requerimento do credor ns. 126', e segs, ,a requerimento do credor ns. 126 e segs. — Instrucção do processo. de fallencia, ns. 189 e segs. — No caso de impontualidade a fallencia abre-se por força do titulo protestado, n. 143, e o devedor pode deixar de ser ouvido n. 143. — Defesa do devedor quando ouvido, n. 144. — Quando não ouvido, n. 145. — Como se abre a fallencia quando ocorre qualquer dos factos característicos, diligencias e defesa, ns. 146 a 150. — Defesa daquelle contra quem se promove a fallencia, ns, 151 a 160. — Razões ou factos que podem excluir a fallencia, ns. 152 e segs. — Sentença declaratória ou denegatoria da abertura, seus provimentos e remédios contra ella, ns. 161 e segs. — Efeitos jurídicos da sentença declaratória da fallencia, n. 187. — Efeitos em relação aos credores, ns. 191 a 198. — Efeitos em relação ao fallido, ns. 230 e segs. — Efeitos em relação aos bens do fallido, ns. 248 .e ,segs. — Efeitos em.relação aos contractos, ns. 254 e segs. — Efeitos penaes da fallencia, ns. 999 e segs. — Do período preparatório ou de informação da fallencia, ns. 402 e segs. — Encerramento e soluções da fallencia no primeiro período, na. 484 a 489. — Efeitos da concordata por pagamento sobre a fallencia, n. 549. — Idem da concordata por abandono, n. 564. — Do período de liquidação da fallencia, ns. 588 e segs. — Liquidação do activo da fallencia, ns. 625 e segs. — Liquidação do passivo da fallencia, ns. 638 e segs. — Do encerramento da fallencia no segundo e ultimo período, ns. 669 e segs. — Fallencia das sociedades commerciaes, ns.836 e; segs. — A culpa e a fraude por occasião da fallencia, ns. 999 e segs. ,— Qualificação da fallencia, n, 1005. — Tríplice qualificação, na. 1006 e segs. — Rito

processual da qualificação, ns. 1029. e segs. — Pode haver segunda qualificação, n. 1034. — No juízo criminal pode-se conhecer da nullidade da sentença que declarou a fallencia ou que o devedor não estava fallido? n. 1043. — Credores da fallencia, n. 676. — Meios preventivos da declaração de fallencia. Considerações geraes, ns. 881 a 893. Vide Sociedades, Crimes, Meios preventivos, Fallido.

Fallencia casual, ns. 1006, 1007 e 1010.

Fallencia culposa, ns. 1006, 1007, 1011 a 1015. — Actos do devedor equiparados & fallencia culposa, quanto á penalidade, ns. 1044 a 1049.

Fallencia fraudulenta, ns. 1006, 1007, 1016 a 1028.—Actos do devedor equiparados á fallencia fraudulenta quanto á penalidade, ns. 1044 e 1050.— Efeitos da sentença condemnatoria, n. 1058. .

Fallido. Não perde a propriedade dos bens, n. 193. — Qualidade jurídica para estar em juízo, n. 237. — Pode intervir na fallencia e nas acções, n. 238. — Em que casos pode o fallido praticar actos conservatórios, n. 239. — O fallido deve assistir aos actos do processo e auxiliar os syndicos; não pode ausentar-se do domicílio sem licença, ns. 240 a 242. — Pode exercer industria, profissão ou commercio, n. 247. -
=— Pagamentos e actos praticados pelo fallido, ns. 296 e segs. — Bens que não se arrecadam na fallencia, ns. 438 a 442. — Ao fallido cabe propor concordata, n. 508. — Deve comparecer pessoalmente ás reuniões, ns. 241 e 514. — Condição do devedor no 1.º período da fallencia, n. 431. — Termo de presença, n. 432.— Sua morte, n. 433. — Seus herdeiros, n. 434. — Pode requerer a destituição dos syndicos e dos membros da comissão fiscal? n. 603. — Condição do fallido no segundo período da fallencia, n. 615. — Alimento ao fallido, sua viuva e filhos menores, n. 246. — Despesas com moléstia e funeraes do fallido, n. 680. Vide Capacidade, Fallencia, Fallencia culposa, Fallencia fraudulenta.

Fallimento, n. 38.

Falsidade, do título é relevante razão para excluir a fallencia, n. 87. — Reivindicação da cousa obtida por falsidade, n. 709.

Fazenda Nacional. Seu privilegio nas fallencias, n. 772 e notas. — Quem a representa no juizo da fallencia, n. 427.

Fazendeiro. Vide Agricultor.

Fechamento do estabelecimento caracteriza a fallencia, n. 96.

Feitores, seu privilegio, n. 771.

Ferias, n. 30.

Fiança prestada ao fallido por divida não vencida convencionalmente não se torna exigível pela fallencia, a. 224. — Fallencia do fiador ou do afiançado, n. 282. — Constituída pelo fallido para garantir alheia obrigação, n. 316. — Credores com fiança podem votar na concordata, n. 520. — Os fiadores do fallido não votam na concordata, salvo. a. 524. — No osso de moratória, n. 920. — Fiadores são credores chirographarios, n. 827. — Direitos dos credores com fiança, n. 828. — Vide Endossador, Sacador.

Fiança ás custas pode ser exigida do credor estrangeiro que requer fallencia, n. 132.

Filhos menores podem ter alimentos pela massa, n. 246. Vide Pecúlio.

Filial. Nella não pode ser declarado fallido o devedor, n. 101.—Fallencia de filial de casa estrangeira, n. 104.

Fingimento. Vide Simulação.

Firma commercial. Seu conceito e legislação a respeito, n. 52 e notas respectivas. — O exercicio do commercio sob firma que não pode ser inscripta no registro, n. 1027. — Fallencia do commerciante que negocia sob firma fictícia, n. 68. — A-verbação no respectivo registro no caso de fallencia, n. 173, e no caso de reabilitação, n. 878. — O registro da firma é essencial para promover os meios preventivos de fallencia, n. 890, e para o credor commerciante requerer a fallencia do devedor, n. 132. — Não precisa ter a firma registrada o estrangeiro estabelecido fora do paiz, n. 132. — E' essencial para a moratória, n. 901. — Para a concordata preventiva, n. -946. — Para a cessão de bens, n. 984.

Formação da culpa. Vide Qualificação da- fallencia.

Fraude na acção revocatoria commercial, seu conceito, ns. 291, 358 é segs., 366 e sega. — Sua prova, ns 394 a 397. Vide Crimes, Fallencia fraudulenta.

Funeraes do fallido. Despezas com os, n. 680.

Furto. Reivindicação da cousa furtada, roubada, extorquida por falsidade, estellionato ou Outras fraudes, n. 709.

Gêneros. Vide Mercadorias.

Genro. Vide Parentes do fallido.

Gentes de mar. Vide Equipagem.

Gerentes podem representar os credores nas fallencias, n. 427.

Gratificações a empregados, n. 815.

Guarda dos bens do fallido. Vide Arrecadação.

Guarda-livros, agentes auxiliares do commercio, n. 54. — Podem os syndicos chamar para os serviços da liquidação, n. 622. — Que

se mancomunarem com o devedor para fraudar credores, n. 1055. — Seu privilegio, n. 771.

Habeas corpus. E' garantido ao fallido, n. 243. Vide também nota 4, pag. 126 do 1.º vol.

Herdeiros. Pelos bens da herança ou-legado são reivindicantes, n. 743. Podem fazer a declaração da fallencia do de cujus, n. 115, e usar dos meios preventivos dessa declaração, n. 889. — A viuva e herdeiros representam o fallido para os effeitos commerciaes, n. 433. — Responsabilidade dos herdeiros do fallido, n. 434.— Podem impetrar moratória, ns. 905 e 906.

Hoteleiros. Seu privilegio, n. 804.

Hypothecas e antichreses constituídas pelo fallido para garantir alheia obrigação, n. 316 — Pagamento antecipado do credito hypothecario, n. 325. — Hypothecas e outras garantias reaes celebradas dentro do termo legal da fallencia para garantir dividas anteriores, ns. 333 a 344. — Venda de bens hypothecados, n. 628.— A hypotheca não se.extingue pela fallencia, mas liquida-se nella, nota 5, pag. 16 do 2.º vol. — Hypothecar não pode o devedor em moratória, n. 920. — Nem enquanto se forma a concordata preventiva, ns. 952 e 962. — Hypothecas tácitas, nota 3 pag. 97 do 2. vol. — Os credores por hypotheca legal não especializada são chirographarios, n. 827. — Os credores hypotheoarios pelos saldos são chirographariosn. 827. — Vide Credores hypothecarios.

Impontualidade, signal ostensivo mais perfeito da impossibilidade de pagar, ns. 44 e 85. — Relevantes razões que justificam a impontualidade, n. 86. — Fallencia promovida pelo curador fiscal só tem logar no caso de impontualidade, n. 136.

Impossibilidade de pagar, ns.39 e 85.

Incapacidade civil do fallido, n. 232.

Incapazes não podem incidir em fallencia, n. 56.

Indemnisação, De bemfeitorias, n. V 364. Vide Perdas e danos.

Indisponibilidade. Vide Incapacidade.

Indivisibilidade do estado de fallencia, ns. 65 e 102.—Da conta-corrente, n. 263.

Inducias creditórias, n. 896. Vide Moratória.

Industria mercantil. Seu caracter, n. 49.

Informações. O fallido deve prestal-as ao juiz, syndicos e curador fiscal, n. 240.

Inquéritos policiaes são remettidos ao juiz processante, n. 1032.

Inscrição de hypothecas e transcrições de ónus reaes e de transmissões inter-vivos depois da declaração da fallencia, ns. 348 a 350.

Insolvência. Que seja, ns. 18 e 19. — Prova da não insolvência para a moratória, n. 904.

Instrução do processo declaratório da fallencia, ns. 139 e segs.

Insufficiencia do activo da massa. Despezas com o processo, n. 31 e respectivas notas.

Interdictum fraudatorium, n. 2.—Apreciação deste instituto, ns. 398 a 401.

Interpretação. Regras para a do Decr. n. 917, ns. 33 a 37. Em matéria penal com relação á fallencia e aos meios de prevenir a sua declaração n. 1003. — Em matéria de privilégios, n. 767. — Em matéria de reivindicação, n. 686.

Interpretes commerciaes, agentes auxiliares do commercio, n. 54. Os fallidos não podem ser, n. 245.

Interrogatorio do fallido, n. 474.

Inventariantes. Podem representar a herança na fallencia, n. 427.

Inventario dos bens. Em que consiste, ns. 455 e 456. — Quando apresentado pelo fallido, n. 457. — Quando organizado pelo syndicos, ns. 457 e segs.

Irmão. Vide Parentes do fallido. I Itinerantes. Fallencia de commerciantes itinerantes, n. 103.

Jogo. Perda avultada em jogos, n. 1025.

Juiz no 1.º período da fallencia, ns. 404 e 405; no 2.º período ns. 592 e 593. — Não pode comprar bens da fallencia, n. 631. Vide Acções Competência.

Julgamento criminal, ns. 1036 e segs.

Junctas Commercias pertencem ás justiças dos Estados, nota 4 pag. 167 do 1.º vol. — O fallido não pode votar na eleição de seus membros, n. 245. — Os deputados as Junctas Commercias servem de adjunctos, para o julgamento dos crimes que decorrem da fallencia, n. 1036, e dos meios preventivos de sua declaração, n. 1057. — Comunicação do nome do fallidos ás Junctas, e attribuições destas, ns. 172 e 173.

Jurado. O fallido, n. 245.

Jurisdicção. As causas de fallencia pertencem á jurisdicção commercial, n. 98; e contenciosa, n. 99.

Juros não correm contra a massa, salvo se., ns. 225 a 229.— Da conta corrente, n. 267. — Juros das dividas particulares dos sócios fallidos, n. 846.

Justiças dos Estados conhecem das fallencias, ns. 97 e 98.

Lavrador. Vide Agricultor.

Legado, renuncia, n. 345.

Legatários. Pelos bens do delegado são reivindicantes, n. 743 — Legatários quando são credores separatistas, n. 765.

Legislação. Nossa legislação .sobre fallenoias, ns. 5 a 11. — Legislação estrangeira sobre fallencias, pags. 27, 28 e 29 do I.º vol.

Letra. E' titulo liquido e certo, n. 71. — Restricção que soffrem os coobrigados nas letras de cambio e de terra, ns. 223 e 224. — Que sejam letras de favor, nota 2 á pag. 223 do 2.º vol. — Abusos de accites e endosses de letras de favor, n. 1015. — : Abono nas letras é acto gratuito? n. 317. — Letra de risco é titulo liquido e certo, ns. 71 e 93.

Liberalidade, credores por esse titulo, n. 677.

Liquidação. Do activo da fallencia, ns. 625 e segs. — Do passivo da fallencia, ns. 638 e segs. — Liquidação precipitada caracteriza a fallencia, n. 427. — Liquidação da sociedade, vide Sociedades commerciaes.

Liquidantes. Podem requerer a fallencia da sociedade, ns. 61 e 117. — São representantes legais das sociedades quando credores no processo da fallencia, n. 427.

Livros commerciaes. Acompanham a declaração da fallencia, n. 112; praxe a esse respeito, nota 2 pag. 99 do I Vol — Encerramento pelo juiz, n. 114. — Devem ser arrecados, n. 487. — Exame de livros por

inteiro feito pelos syndicos, ns. 457 e 458. — Conservam toda a força probatória no caso de fallencia, n. 646. — Falta do Diário, n. 1022. Falsificação ou truncamento do Diário e do Copiador, n. 1023. — Livros escripturados de forma a tornarem difíceis e obscuras a verificação e liquidação do activo e passivo, n. 1046. — Exame de livros para verificação das contas mercantis, ns. 78 a 84. — Acompanham o pedido de moratória, n. 907.

Locadores. Seu privilegio, ns. 815 a 817. Vide Arrendamento.

Má fé. Vide Fraude.

Mandato. Fallencia do mandatário e do mandante, ns. 273 e segs. — Posição do mandante na fallencia do mandatário, ns. 705 e sega. — Mandato conferido por meio de endosso, n. 707. — Privilegio do mandatário, n. 801.

Massa. Formação da massa, ns. 168 e 191. — Diferentes accepções da palavra, nota 4, pag. 136 do 1.º vol. — Não é pessoa jurídica, n. 192. — Assume a administração dos bens do fallido, n. 193. — Funociona em dupla qualidade, ns. 195 a 197..— Efeitos da formação da massa, n. 198. — Sua administração provisória e representação jurídica no 1.º período da fallencia, ns. 445 a 454. — Idem, idem, no 2.º período, ns. 616 a 624. — Abapdono e pobreza da massa, ns. 486 e 672. — Com o encerramento da fallencia dissolve-se a massa, n. 674 — Credores da massa, ns. 679 a 681. — Efeitos da invalidade dos actos do devedor com relação á massa, n. 363.

Matricula. Seu valor actual, n. 48. —A matricula não evita o embargo, nota 3 pag. 59 do 1.º vol. — Não suppre a exigência do registro da firma nos meios de prevenir a declaração de fallencia, n. 890.

Meios preventivos da declaração de fallencia. Considerações geraes, ns. 881 a 893. — Exposição do problema, n. 882. — Systemas

legislativos, n. 888.— Código Commercial e o Projecto Nabuco, n. 886.— Esses meios obstem á declaração mas não destroem o estafo de fallencia, n. 887. — São concedidos aos devedores infelizes e de boa fé, n. 888. — Quem pode usar delles, ns. 889,890 e 891. —Juiz competente, n. 892. Vide Moratória, Concordata preventiva, Cessão de bens.

Meios ruinosos. Pagamento por esses meios, n. 95. — Recursos obtidos por esses meios, n. 1014.

Menores. Quando commerciam sem auctorisação legal não podem incidir em fallencia, n. 57. — Seus representantes legaes nas fallencias, quando credores, n. 427. — Esses representantes podem transigir, n. 428. — Quando representados os credores menores não gosam de privilegio algum, n. 429.

Mercadorias. De fácil deterioração vendem se logo depois de aberta a fallencia, n. 448; ainda mesmo que haja sobre ellas reclamação reivindicatória, n. 753.

Mercancia. Que seja, ns. 49 e segs.

Mestres de obras. vide Carpinteiros.

Missio in bona, ns. lei

Mobília e utencillos necessários aos usos da vida do fallido, n. 439.

Moeda metálica estrangeira. Vide Créditos.

Moléstia. Despezaa com moléstia do fallido, n. 680.

Mora. Do credor, nota 5, -pag. 86 do 1.º vol. — Do fallido, n. 217.

Moratória, exclue a fallencia, n. 157.— O instituto da moratória no direito romano, nas antigas leis e na legislação hodierna, n. 894. — Origem da palavra, n. 895. — Nosso antigo direito, n. 896. — Regimendo Decr. n. 917, n. 897. — A moratória é insustentável, n. 898.

— Sua defesa, n. 899. — Requisitos essenciaes para a sua concessão, ns. 900 e segs. — Rito processual da moratória, ns. 905 e segs. — Recursos, n. 912. — Maioria hábil para a concessão, n. 915. — Convocação e reunião de credores, ns. 913 e 914. — Embargos á moratória, n. 917. — Efeitos da homologação da moratória n. 918. — Efeitos quanto ao devedor, ns. 919 a 923. — Efeitos quanto aos credores, ns. 924 a 930. - Efeitos quanto aos sócios, quando a moratória for concedida á sociedade, n. 932. — Os pagamentos na moratória devem ser effectuados pelo systema dos dividendos proporcionaes, n. 928. — A moratória não opera novação, n. 929. — Efeitos da moratória quanto á sociedade e aos sócios no caso de ser a impetrante sociedade, ns. 931 e 932. — Prorrogação da moratória, ns. 933 e 934. — Comissão fiscal da moratória, sua nomeação e attribuições, ns. 914, 935 e 936. — Rescisão da moratória, n. 934. — Pagamento integral aos credores. Expiração do prazo, ns. 937 e 938. — O devedor em moratória pode fazer concordata preventiva com os credores, n. 939, bem como pode requerer cessão de bens, n. 940.

Morte do devedor não evita a fallencia, ns. 58 e 59. — Do concordatario na constância da concordata, n. 547. — Do fallido não faz terminar a fallencia, n. 433. — O fallido morto pode ser rehabilitado, n. 879.

Moveis. Em referencia aos moveis a posse vale o titulo, n. 689 e notas.

Mulher do fallido. O seu dote estimado e os seus bens próprios não são arrecadados, n. 440. — Os títulos de aquisição dos bens incommunicaveis devem ser archivados no registro do commercio, n. 1024. — Reivindicação dos seus bens, ns. 738 e 739.

Mulheres casadas commerciantes sem auctorisação legal não incidem em fallencia, n. 57.

Municipalidades. Seu privilegio na fallencia, n. 773.

Negociante ambulante. Sua fallencia, n. 103.

Negocio. Vide Continuação do negocio do fallido.

Nora. Vide Parentes do fallido.

Notas dos corretores nas vendas á prazo, n. 77.

Novação. E' relevante razão para excluir a fallencia, n. 90. — Depois do protesto exclue a fallencia, n. 156. — Não ha nas relações que a fallencia traz entre os credores e o fallido, n. 194. — Operada pela conta-corrente n. 264.—Á concordata por pagamento importa novação? ns. 560 a 563; e a por abandono? n. 566. — Na concordata da fallencia de sociedade, n. 870. — A verificação definitiva e a classificação de créditos não produzem novação, n. 644. — A entrega de letras para pagamento do preço da venda não faz presumir novação, n. 715. — A moratória não opera novação, n. 929. — A concordata preventiva não opera novação, n. 929.

Nullidade. Vide Actos matos e annullaveisf Acção revocatoria.

Obrigaçāo condicional a prazo, n. 221. Vide Credores condicionaes.

Obrigaçāo mercantil, é essencial para a fallencia, ns. 62 e 63. — Deve ser liquida e certa, ns. 69 e 70.

Obrigaçāo natural. Não auctorisa a declaração da fallencia, n. 129. — Na concordata a parte do debito não remettida ou a parte restante para integral pagamento subsiste como obrigaçāo natural, ns. 557 e 565.

Obrigaçāo ao portador das sociedades commanditarias (debenture) são liquidas e certas, n. 72. — Seu desconto, n. 216. — Privilegio de seus portadores, n. 771.

Obrigações solidarias a prazo, n. 222.

Operários. Seus privilégios, n. 803.

Pactos antenupciaes. Falta do seu archivamento e lançamento no registro do commercio, n. 1024. Vide I Mulher do fallido, Dotes, Doações antenupciaes.

Pactum reservati dominii, n. 731.

Pagamento. Que seja, nota 2, á pag. 83 e nota 4 á pag. 219 do 1.º volume. — E' relevante razão para excluir a fallencia, ns. 88 e 89. — Feito depois do protesto exclue a fallencia, n. 156. — Pagamento integral encerra a fallencia no 1.º periodo, n. 485, e também no 2-º, n. 670. — Pagamento antecipado de dividas não vencidas dentro do termo legal da fallencia, ns. 321 a 832. — Pagamento de parte da divida não a torna liquida, n. 70. - Pagamento realizado por meios ruinosos ou fraudulentos caracteriza a fallencia, n. 95.

Par conditio creditorum, n. 36.

Parentes do fallido que não podem requerer a fallencia, n. 130. — Nullidade dos actos entre elles e o fallido, n. 352. — Podem votar na concordata, nota 1, pag. 324, do 1.º vol.

Participação, Vide Sociedades commerciaes.

Partilha dos bens in natura entre os credores, n. 630.

Passivo da fallencia. Sua liquidação, ns. 038 e segs.

Patrimonio. Do devedor é penhor commum dos credores, n. 1 e nota 1 pag. 2, do 1.º vol., e n. 15)3 e nota 1, pag. 138 do 1.º vol. — Duas ordens de patrimonio nas fallencias das sociedades, n. 856.

Pátrio poder. Influencia da fallencia sobre elle, n. 236.

Pecúlio dos filhos do fallido, ns. 236, 441 e 442. — Reivindicação, n. 740.

Pedreiras. Sua exploração é mercancia, nota 2, pag. 49 do 1º vol.

Penas. Da fallencia culposa e fraudulenta, n. 1005).

Penas convencionaes, ns. 217 e 259.

Penhor. Sua remissão, ns. 450 e 776. Privilegio ligado ao penhor, n. 775. Reivindicação do dono do objecto entregue a titulo de penhor, n. 693.— Bens dados em penhor vendidos em leilão, n. 777. - Excussão do penhor, n. 779. Penhor constitutivo por terceiro em beneficio do fallido, n. 780. — Analogia e differença do direito de retenção, n. 813. — Não pode constituir penhor o devedor em moratória, n. 902.

Pensões que percebe o fallido não são arrecadadas, n. 438

Pequenas fallencias, n. 32.

Perdão de dividas. E' acto nullo, n. 311. Vide Remissão.

Perdas e damnos no caso de requerimento com fraude da fallencia, na. 134 e 177. — Idem com culpa n. 135. Do terceiro de boa fé que contractou com o fallido, n. 377.

Perdas fictícias, n. 1017.

Períodos da fallencia. Vide Fallencia.

Período suspeito, ns. 286 e segs.

Perito. O fallido não pode ser, n. 245.

Pessoal que figura no 1.º período da fallencia, ns. 403 e segs.; no 2.º período, ns. 591 e segs.

Pharmaceuticos. São commerciantes, nota 2, pag. 49 do 1º vol.

Pobreza da massa, ns. 486 e 672.

Poder marital. O fallido não perde, n. 235.

Posse dos moveis (A), equivale ao titulo, n. 689 e notas.

Prazos. Correm em cartório e são fataes e improrogaveis, n. 30.

Prédios. Credores por alugueis dos urbanos, ou renda ou foro dos rústicos, ns. 815 a 817.

Prepostos. Do fallido, seu privilegio, n 77i. Dos credores podem represental-os na fallencia, n. 427.

Prescrição. Relevante razão para excluir a fallencia, n. 91. — Interrupção da prescrição, n. 218. — No caso de moratória, n. 930. Prestação de contas dos syndicos provisorios, n. 420. — Dos syndicos no caso de concordata, n. 546. — Dos syndicos definitivos, n. 608.

Principal estabelecimento. Vide Estabelecimento principal.

Prisão administrativa do fallido, n_243.

Prisão preventiva do fallido, n. 169.

Privilegio. Que seja, n. 766. — E' de direito estricto, n. 767. — Sem valor jurídico, n. 768. — Suas especies, n. 770. — Distincção entre a reivindicação e o privilegio, nota 5, pag. 86 do 2.º vol. — Privilégios geraes, ns. 771 a 773. — Privilégios particulares, ns. 774 e segs. — Privilégios particulares ao direito marítimo, ns. 819 e 820.

Processo da fallencia. Processo commercial, ns. 26 a 31. — Processo criminal, n. 1029. Vide Julgamento criminal.

Procurador. Dos credores e forma da procuração, ns. 425 e 426 e notas — Do fallido, em que condições pode ser nomeado, n. 241. — Procuradores ad negotia, u. 427.

Procurador da Republica officia no juizo da fallencia quando a Fazenda Nacional é interessada, n. 427.

Profissão habitual do commercio, ns. 50 e segs.

Proibidos de commerciar, sujeitos , á fallencia, n. 50. — Não podem prevenir a declaração de fallencia, n. 891.

Promotor publico serve de curador fiscal, onde não ha este cargo creado, n. 407 e nota; sua intervenção na qualificação da fallencia, n. 1031.

Proposta de concordata, ns. 508 e 509. Apoio prévio, n. 510. Vide Concordata.

Propriedade. Diferença de obrigação, nota 4, pag. 41 do 2.º vol.

Protestos. Provam a impontualidade, n. 140. — Registro especial, n. 141. — Relação dos protestos que deve ser enviada aos curadores fiscaes, ns. 137 e 138. — Os protestos não podem ser suppridos por outros meios, n. 142. — A falta de protesto é essencial para requerer moratória, n. 902. Idem para a concordata preventiva, n. 946. — Para a cessão de bens podem decorrer 48 horas depois do protesto, n. 985.

Qualificação da fallencia, ns. 1005 e segs. — Rito processual da qualificação da fallencia, ns. 1029 e segs.— Pode haver segunda qualificação? n. 1034.

Quebra. Significação deste termo, n. 38.

Questões de direito não produzem illiquidez da divida, nota 2 pag. 67, do vol. 1º.

Quitação, dada ao fallido evita a condenmação deste em fallencia fraudulenta, nota 3, pag. 223 do 2.º vol. — A sentença condemnatoria em fallencia fraudulenta annulla a quitação dada ao fallido, n. 1058.

Rateio. Entre credores privilegiados, n. 661. — Entre os credores chirographarios, n. 663. — Ultimo rateio, n. 665. Vide Dividendo.

Recibo dos trapicheiros. E' obrigação liquida e certa, n. 75.

Reclamação. Contra a verificação definitiva e classificação de créditos, ns. 648, 649 e 650. — Reclamação reivindicatória, sua oportunidade, n. 762. — Obsta á venda dos bens, n. 629. — Vide Reivindicação.

Reconvenção não pode ser oposta á acção revocatoria, n. 382.

Regimen matrimonial. A influencia da fallencia sobre elle, n. 235.

Registro de firmas. Vide Firma Commercial.

Rehabilitação do fallido. Conceito da rehabilitação, n- 874. — Suas condicções essenciaes ns- 875 e 876. — Casos em que o fallido, apesar de condemnado, pode requerer rehabilitação, n- 877. — Processo da rehabilitação, n. 878. — Rehabilitação do fallido morto, n. 879. - Carta de rehabilitação, n. 880. — O encerramento da fallencia não importa rehabilitação, n. 675. Reivindicação na fallencia, n. 683. — Seus extremos substanciaes, n. 684. — Modificação da reivindicação ingenera na fallencia, na. 685 e 686. — Defeitos do Decr. n. 917 nesse assumpto, n. 687. — As disposições deste Decr. são taxativas, n. 687. — Diversos casos de reivindicação, ns. 688 a 744. — Effeitos da reivindicação, ns. 745 a 749. — Rito processual da reivindicação, ns, 750 e segs. — Reivindicação amigável e judicial, ns. 750 e 751. — A massa não pode vender a coisa que se pretende reivindicar, salvo se for de fácil deterioração, n. 753, — Distinção entre reivindicação e privilegio, nota 5 pag. 86 do 2.º vol.

Relevantes razões que justificam a impontualidade, ns. 86 e segs., n. 155. Remessas parafina determinados. Credito reivindicante, n. 744.

Remissão differe da concordata, n. 492. — Concordata remissoria, n. 1 499. — Remissão parcial das dividas activas de difficil cobrança, n. 635. Quando é acto nullo, n. 311. Vide Obrigação natural.

Renuncia, que seja, nota 1, paginal 230 do 1.º vol. — Renuncia á successão, legado ou usufructo, n. 345.— Renuncia dos bens arrecadados na fallencia, ns. 430, 487 e 673. —Não importa concordata, n. 499. — Renuncia gratuita de direitos, n. 311.

Representantes legaes doa credores, n. 427.

Reserva de dividendos. Vide Dividendos.

Responsabilidade. De quem requer dolosa e falsamente a fallencia de outrem, n. 134. — Do curador fiscal, dos svndicos provisórios, e dos definitivos, n. 1059. — Responsabilidade civil em que consiste, nota 1 pag. 57 do 2.o vol.

Restituição. Por parte da massa no caso de invalidade do acto, n. 363. — Restituição antecipada do dote ou sua entrega antes do tempo, ns. 346 e 347.

Reunião de credores, adiamento, maioria para deliberações, acta, n. 30. — Convocação e reunião ordinária dos credores, ns. 467 e 468, 470 a 476.

Roubo. Vide Furto.

Sacador que recusa prestar fiança nos termos do art. 390 do Cod. mostra estar fallido, n. 96.

Seguro. Fallencia do segurador, e do segurado, n. 283.

Sello. Não pagam as concordatas na fallencia, n. 534. — Nem as moratórias, n. 916.

Sentença condemnatoria em fallencia fraudulenta. Seus effeitos, n. 1058.

Sentença declaratória da fallencia. Prazo para a prolação, n. 161. Seu character e provimentos, na 162 e segs. — Effeitos dessa sentença, ns. 187 e segs. — No juizo criminal pode-se conhecer da nullidade dessa sentença? n. 1043. — Sentença de declaração da fallencia de sociedade, n. 844.

Sentença denegatoria da fallencia Prazo para a prolação, n. 161. — Não transforma o estado jurídico do commerciante. n. 174 — Não tem auctoridade de cousa julgada, na. 175 e'176.

Sentença de preceito não é título hábil para intervir na fallencia, n. 677.

Separação de patrimonios. Vide credores separatistas.

Sequestro dos bens e livros do devedor, n.150.

Simulação. Seu conceito e differença da fraude, n. 360. — Tendas, negociações, doações ou dividas simuladas, n. 1020. — Credito simulado, n, 1055. — A simulação de dividas caracteriza a fallencia, n. 95.

Sobras da liquidação. Sem destino, n. 668.

Sociedades anonymas. Não são sujeitas á fallencia, n. 837. — Os seus directores representam-nas nos processos de fallencia quando credoras, n. 427.

Sociedades civis. Não são sujeitas á fallencia, n. 47. — São dissolvidas pela fallencia do socio, n. 270.

Sociedades commerciaes. Individualidade jurídica e commerciantes, n. 53 e nota 3 pag. 52 do 1.º vol — A liquidação e dissolução não obstem á fallencia, ns. 58 e 61, nem os meios de prevenir

a sua declaração, n. 889. — Não têm dividas civis, n. 67. — Declaração espontânea da fallencia pela sociedade; a quem cabe fazer esta declaração, n. 117. — Documentos que instruem esta declaração, n. 118. — Qualquer sócio pode requerer a fallencia da sociedade, n. 119. — Ainda mesmo os commanditarios e em conta de participação, ns. 120, 12 e 123. — A fallencia das sociedades em conta de participação, n. 123. — Da fallencia das sociedades commerciaes, ns. 836 e segs. — A fallencia dissolve a sociedade, effeitos, n. 838. — Effeitos da fallencia da sociedade quanto aos sócios pessoal e solidariamente responsáveis, ns. 841 a 851. — Quanto aos sócios de responsabilidade limitada, ns. 852 a 855. - Effeitos da fallencia da sociedade quanto aos credores e aos patrimónios dellas e dos sócios, ns. 856 a 864. — Concordata na fallencia da sociedade, ns. 865 a 873. — A sociedade não .revive com a concordata, ns. 272 e , 865. — Verificação e classificação de créditos na fallencia da sociedade, n. 654. Punibilidade de crimes, n. 1001. — Podem prevenir a declaração de fallencia, n. 889. — Sociedades irregulares ou de facto, sua personalidade, n. 53. — O sócio não pode requerer a fallencia da sociedade de facto, n. 125. — As sociedades de facto não podem prevenir a declaração de fallencia, n. 891. — Não dissolvem a sociedade: a moratória, n. 931; nem a concordata preventiva, n. 970. — Effeitos da moratória sobre a sociedade e os sócios, ns. 931 e 932. - Effeitos da concordata preventiva sobre a sociedade e os sócios, ns. 970 e 971. — Effeitos da cessão de bens relativamente á sociedade e aos sócios, n. 998.

Sócio. Pode promover a fallencia, ns. 119 e segs. — Pode propor concordata Não pode requerer qualquer dos meios preventivos da declaração de fallencia, n. 889. — Effeitos da fallencia quanto aos sócios pessoal e solidariamente responsáveis, ns. 841 o segs. — Estes sócios incidem em fallencia, ns. 841 a 844. Sócio occulto que é descoberto no curso da fallencia da sociedade dever ser declarado fallido, n. 845. — Epoque legal da fallencia dos sócios de responsabilidade illimitada, exigibilidade de suas dividas, verificação e classificação de seus créditos, n. 846.—

Responsabilidade do sócio que se retirou com resalva de outro sócio ou sócios, ns. 847 e 848. — Em que casos o commanditario se torna solidariamente responsável, n. 849.— Fallencia dos sócios ostensivos nas sociedades em conta de participação, n. 850. — Direito dos sócios não ostensivos, ns. 861 e 862. — Fallencia do sócio de industria, n. 851. - Efeitos da fallencia quanto aos sócios de responsabilidade limitada, ns. 852 a 855. — Que sócios podem propor concordata,, ns. 866, 867 a segs. — Vide Sociedades Commerciaes-, Concordata, Moratória, Cessão de Bens.

Sogro e Sogra. Vide Parentes do fallido.

Soluções da fallencia no 1.º periodo, ns. 488 e 489; no 2,º periodo, nota 2, pag. 34 do 2.º vol.

Stoppage in transitu. Que seja, nota 1 pag. 65 do 2.º vol.

Sublocadores. Seu privilegio, ns. 815 a 817.

Successão. Renuncia, n. 345. Successores do fallido podem propor concordata, n. 508.

Succursaes, n. 101.

Suspeição do juiz na fallencia, n. 105. — Dos adjunctos que julgam os devedores e seus cúmplices, ns. 1037 e 1038.

Suspensão das acções singulares dos credores, ns. 199 a 208.

Syndicos definitivos são administradores e liquidantes, n. 594. — Seu numero, n. 595. — Sua eleição, ns. 596 e 597. — São depositários, n. 598. — Resignação, renuncia, morte ou fallencia de qualquer delles, o. 599. — Desempenham o cargo pessoalmente, n. 600. — Destituição, ns. 602, 603, 605 e 606. — Substituição provisória, n. 604. — Perda da commissão, n. 607. — Prestação de contas, n. 608. — Remuneração, n. 609. — Administram a massa, n. 616. — Poderes de que são investidos, ns. 616 e 617. — Suas attribuições como administradores

da massa, n. 618. — Como podem estar em juízo, n. 619. — Conta demonstrativa da liquidação, n. 623. — Onde recolhem os dinheiros da massa, n. 624. — Nomeação de empregados para serviços da massa, n. 622. — Não podem comprar bens da fallencia, n. 631. — Podem transigir e em que condições, n. 632.

Syndicos provisórios, sua nomeação, n. 168. — Seu character jurídico, attribuições, deliberações, responsabilidades, remuneração, prestação de contas, destituição, ns. 411 a 423. — Administram e representam a massa no 1.º período, ns. 445 a 454.

Telegramma. Procuração, n. 426 e nota. —, Convocação de credores, n. 469.

Telegrapho. Vide Correio.

Terceiros. De boa fé têm direito a perdas e danos contra o fallido, n. 377— Mediatos e immediatos nos actos atacados pela acção revocatoria, ns. 390 a 393. — A massa funcionando na qualidade de terceiro, ns. 195 e 197. — Compra de bens em nome de terceiro, n. 1021.

Termo legal da fallencia, ns. 166 e 167. — Da fallencia da sociedade é o mesmo da dos sócios, n. 846.

Testamento. O fallido pode fazer, n. 235.

Testemunhas no processo criminal. Os credores podem ser? n. 1033.

Titulo. Que seja, n. 311.

Títulos de credito. Sua reivindicação, n. 707.

Títulos ao portador. Seus portadores como se habilitam para a fallencia, ns. 459 e 477. — Sua reivindicação no caso do mandato, n.

707. — No caso de perda, furto, roubo, extorção ou obtenção por falsidade ou outras fraudes, n. 710.

Tradição é o único vehiculo da transferencia do domínio, nota 3 pag. 671 do 2.º vol.

Trancamento da fallencia. Vide Encerramento.

Transacção. Não o é a concordata, n. 493. — Os syndicos definitivos podem transigir, e em que condições, n. 632. — Os representastes legaes dos menores podem transigir, n- 428-

Transmissão inter vivos, ns. 348 e segs.

Trapicheiros. Sua fallencia, n. 54. — Recibo dos trapicheiros é obrigação liquida e certa, n. 75. — Os fallidos não podem ser, n. 245. — Não podem prevenir a declaração de fallencia, n. 891. — Seu privilegio nas fallencias, n. 799.

Tripolação. Seu privilegio, n. 820.

Tutelados. Bens dos tutelados, reivindicáveis, ns. 741 e 742.

Tutores representam os pupillos na fallencia, ns. 427 e 428.

União Federal. A ella cabe legislar sobre fallencias, ns. 12 a 17. Vide Fazenda Nacional.

Unidade da fallencia, n. 101.

Unificação do direito pátrio, nota 2, pag. 32 do 1.º vol

Universalidade do estado de fallencia, n. 102.

Uso. Reivindicação do dono da cousa em poder do fallido a titulo de uso, n. 691.

Usufructo. Sua renuncia, n. 345. Reivindicação do dono da coisa em poder do fallido a título de um, usufructo, n. 691.

Vencimento antecipado do credito. Vide Exigibilidade antecipada.

Venda. De géneros e mercadorias de fácil deterioração, n. 448; onde deve ser recolhido o producto dessa venda, n. 451, — Venda do bens moveis, semoventes, immoveis, direitos e acções do fallido, ns. 627 e 628- — Venda dos bens onerados com privilegio ou hypotheca, n. 628. — venda do activo da massa, n. 630. — Venda do bens depositados nos armazéns gemas, n. 637. — Venda por menos do preço corrente, n. 1013. — Venda a credito, n. 730. - Venda á vista, i n. 729. — Venda com reserva da propriedade, n. 781. Venda induzida por dolo do comprador, n. 731. — Vendas a entregar em prazo certo, tendo por objecto valores ou mercadorias cuja cotação ou preços correntes possam ser anotados, n. 258. — Venda do voto, n. 1066. Vide vendedor, Comprador, Alienação.

Vendedor. De immoveis quando é reivindicante, n. 711. — Direitos do vendedor não pago, ns. 713 a 733. — Direitos do vendedor quando as mercadorias ainda se acham em seu poder, ns. 716 a 722. — Idem, idem quando as mercadorias se acham em viagem, ns. 723 a 728. — Idem, idem quando as mercadorias se acham entregues ao comprador, ns. 729 a 733.

Venditio bonorum, n. 1.

Verificação de contas mercantis. Vide Conta mercantis.

Verificação provisória de créditos, ns. 476 a 483.

Verificação definitiva e classificação de créditos. Seu conceito, ns. 640 e 643. — A quem cabe preparal-a, n. 641. — Caracter geral desta classificação, n. 642. — Não importam novação, n. 644. — Seu processo, ns. 646 a 647. — Reclamações e seu processo, ns. 648 a

660. — Acção dos credores excluídos, n. 651. — Credores retardatários, n. 663. — Na fallencia das sociedades, ns. 664 e 846. — Credores após rescisão da concordata, n. 665.

Vestuários do fallido e sua família não são arrecadados, n. 439.

Viuva. Pode requerer a fallencia, n. 115. — Tem direito a pedir alimentos, n. 246, os quaes são pagos preferencialmente pela massa, n. 680. — Pode prevenir a declaração de fallencia, ns. 889 e 905. — Representa o devedor para todos os effeitos commerciaes n. 433.

Warrant. Synthese histórica deste instituto, seu conceito jurídico, n. 74.
